Die Ansprüche auf Wandelung und Minderung beim Werkvertrage nach Bürgerlichem Gesetzbuch mit Rücksicht auf das gemeine und Preussische Recht.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristenfakultät
der
Grossherzoglich Mecklenburgischen Landes-Universität zu Rostock

vorgelegt von

Walther Frisch, Referendar.

Berlin 1902
Kunstanstalt Albert Frisch, W. 35, Lützowstrasse 66.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549205_0117

Inhalts-Uebersicht.

§ 1. Einleitung.

Erster Teil:

Die Ansprüche des locator operis nach gemeinem und Preussischem Recht bei mangelhafter Erfüllung.

§ 2. Die locatio conductio operis im römischen und gemeinen Rechte.

§ 3. Die Ansprüche auf Wandelung und Minderung bei der Werkverdingung nach Preußischem Landrecht.

Zweiter Teil:

Die Ansprüche auf Wandelung und Minderung beim Werkvertrage nach B. G. B.

I. Abschnitt:

Die Ansprüche auf Vollziehung von Wandelung und Minderung beim Werkvertrage.

§ 4. Uebersicht über die Ansprüche des Bestellers bei nicht gehöriger Erfüllung.

§ 5. Die Konstruktion der Ansprüche auf Wandelung und Minderung.

§ 6. Besondere Fälle der Ansprüche auf Wandelung und Minderung.

§ 7. Voraussetzungen der Ansprüche auf Wandelung und Minderung.

§ 8. Modifikationen und Fortfall der Ansprüche auf Wandelung und Minderung.

§ 9. Verjährung der Ansprüche auf Wandelung und Minderung.

§ 10. Wahlrecht des Bestellers.

II. Abschnitt:

Die Ansprüche aus der vollzogenen Wandelung und Minderung.

§ 11. Rechte und Pflichten aus der Wandelung.
§ 12. Besondere Fälle des Wandelungsvertrages.
§ 13. Rechte und Pflichten aus der Minderung.
§ 14. Besondere Fälle des Minderungsvertrages.
§ 15. (Anhang.) Das Rücktrittsrecht aus § 636.

§ 16. Schluß.

Verzeichnis der benutzten Litteratur.

Bähr, Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich (Schluß). Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Neue Folge. XI. Bd. (XXX. Bd.)

Bechmann, Geschichte des Kaufs im römischen Recht. 1876.

Berger, Joh. Heinr., Resolutiones legum obstantium. Wittenberg 1692.

Bernhöft, Kauf, Miethe und verwandte Verträge in dem Entwurfe eines B. G. B. für das Deutsche Reich.

Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen, VII Bd.

Brinz, Pandecten, 2. Aufl., II. Bd.

v. Buchka, Bürgerliches Gesetzbuch und gemeines Recht, III. Aufl.

Cocceji, Samuel de, Juris civilis controversi, pars II. Frankfurt 1778.

Cohn, Ein Rechtsfall nach dem H. G. B. für das Deutsche Reich und dem B. G. B. entschieden. Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts, 10. Jahrg., Nr. 6.

Cosack, Lehrburch des deutschen bürgerlichen Rechts, 3. Aufl.

Crome, Die partiarischen Rechsgeschäfte.

Cujacius, Observationes, lib. XII.

Dankwardt, Die locatio conductio operis. Jherings Jahrbücher, XIII. Bd., S. 299—380.

Denkschrift zum Entwurf eines B. G. G.

Dernburg, Pandecten, 6. Aufl., II. Bd.

— Preußisches Privatrecht, 5. Aufl., II. Bd.

— Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 1. und 2. Aufl., II. Bd., 2. Abt.

Deutsche Juristenzeitung 7. Jahrgang, Nr. 1.

Donellus, Commentarius de jure civili, Ausgabe von König und Bucher, Nürnberg 1824, Ed. VI. Vol. VII.

Eccius, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach B. G. B. Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts 6. Folge, 3. Jahrg.

Ehrenberg, Kauf und Werkvertrag. Jherings Jahrbücher XXVII. Bd., S. 253—292.

Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag. 1899.

Endemann, W., Die Behandlung der Arbeit im Privatrecht Abdruck aus den Jahrbüchern für Nationalökonomie und Statistik, 3. Folge, XII. Bd.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., II. Bd.

Fischer-Heule, B. G. B. Handausgabe mit Anmerkungen, 6. Aufl.

Flechtheim, Aufhebungsanspruch und Einrede. Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, 6. Folge, 4. Jahrg., XLIV. Bd.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, 7. Aufl., II. Bd.

Gaupp-Stein, Civilprozeßordnung, 4. Aufl., I. Bd.

Glück, Erläuterungen zu den Pandecten, XX. Bd.

Gruchot, Zur Lehre von dem Werkverdingungsvertrage. Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Preußischen Rechts, XIII. Bd.

Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag im B. G. B. Separat-Abdruck aus den Annalen der Großh. Badischen Gerichte, Nr. 11 und ff.
v. Holzschuher, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts, 3. Aufl., III. Bd.
Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, II. Bd.
Koch, Das Recht der Forderungen nach gemeinem und Preußischem Recht, 2. Ausg., III. Bd.
Kohler, Ungehorsam und Vollstreckung im Civilprozeß. Archiv für die civilist. Praxis. LXXX. Bd.
Lenel, Nochmals die Lehre von der Voraussetzung. Archiv für die civilist. Praxis. LXXIX. Bd.
Lobe, Die Vorschriften des Deutschen B. G. B., § 462 und § 465 über die Wandelung und ihre praktische Bedeutung. Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht, IX. Bd., S. 104 ff.
Mensing, Beiträge zur Lehre vom Wandelungs- und Minderungsanspruche des B. G. B. Bonner Diss. 1900.
Motive zum B. G. B. II. Bd
Neumann, Handausgabe des B. G. B. 2. Aufl., I. Bd.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1899.
Opet, Deutsches Theaterrecht.
Pernice, M. Antistius Labeo. I. Bd.
Planck, B. G. B. nebst Einführungsgesetz. Erläutert in Verbindung mit Achilles, André, Greiff, Rilgen, Unzner, 2. Aufl., II. Bd. (citiert: „Planck, Comment. II.").
Riezler, Der Werkvertrag nach dem B. G. B. 1900.
Rocholl, Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts, II. Bd.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im B. G. B. 1897.
Schweppe, Das römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung, 4. Aufl., III. Bd.
Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht, 3. Aufl., II. Bd.
Staub, Commentar zum H. G. B., 6. und 7. Aufl.
v. Staudinger, Commentar zum B. G. B., herausgegeben in Gemeinschaft mit Löwenfeld, Kober, Herzfelder, Mayring, Engelmann, Wagner 1900 und 1901, II. Bd. (citiert: „Staudinger, Comment. II.").
Sydow-Busch, Civilprozeßordnung, 8. Aufl., 1898.
Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. Leipzig 1900.
Unterholzner, Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts. Ausg. von Huschke, 1840. II. Bd.
Vangerow, Pandecten, 7. Aufl., III. Bd.
Voet, Commentarius ad Pandectas, Coloniae Allobrogum apud Fratres de Tournes 1769, Tomus I.
Walch, Introductio in controversias juris civilis recentioris, Jenae 1791.
Weiske, Rechtslexikon. VII. Bd.
Wendt, Die condictio ex poenitentia. Erlangen 1878.
Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung. Düsseldorf 1850.
— Pandecten, 8. Aufl., bearbeitet von Kipp 1900. II. Bd.

Bemerkung: § ohne nähere Bezeichnung verweist auf das B. G. B.

Einleitung.

§ 1.

Man hat wiederholt hervorgehoben, daß die Römer bei ihrem System der Sklavenwirtschaft den Wert der Arbeit nicht zu schätzen vermochten, insbesondere zu einer freien Ausgestaltung des Arbeitsvertrages nicht kommen konnten. „In vollstem Gegensatz zu der Gegenwart, in der freie Arbeit alle Produktion, allen Güterumsatz schafft, ... wurde nach römischer Grundidee Uebung wirtschaftlicher Arbeit durch Freie mißachtet und zurückgedrängt."[1])

Dennoch finden wir im römischen R. bereits jene beiden Arten von entgeltlichen Arbeitsverträgen ausgebildet, welche im wesentlichen auch das B. G. B. in sein Rechtssystem aufgenommen hat: Die locatio conductio operarum, den Dienstvertrag und die locatio conductio operis, den Werkvertrag.

Beide Verträge fanden im römischen Kontraktsystem ihre Stellung bei den Locationen. Bei der loc. cond. operarum vermietet der Arbeiter seine Dienste dem Arbeitsgeber auf Zeit, bei der loc. cond. operis soll ein „ökonomischer Effekt"[2]) erzielt werden und der Arbeiter verpflichtet sich in erster Linie zur Herbeiführung eines Erfolges. Daß dazu auch Arbeit nötig ist, die der conductor zu verrichten hat, ist nicht das Hauptmoment bei Abschluß der loc. cond. operis.

Wie die loc. cond. rei und operarum ist die loc. cond. operis ein obligatorischer, synallagmatischer Consensualkontrakt, ihr Thatbestand aber der ausgedehnteste unter den Locationen. Derselbe umfaßt „die Bearbeitung und Verarbeitung von Mobilien", „Bauten und sonstige Umgestaltungen von Immobilien", die Transportverträge und „geldwerte, immaterielle Leistungen geschäftlicher, künstlerischer, technischer oder wissenschaftlicher Art".[3]) Die Herstellung eines materiellen Opus aber wurde nur als loc. cond. operis an-

[1]) W. Endemann, die Behandlung der Arbeit im Privatrecht, Abdr. a. d. Jahrbüchern für Nationalökonomie und Statistik, III. Folge, XII. Bd., 1896, S. 3.

[2]) Dernburg, Pandecten, 6. Aufl., II. Bd., S. 312.

[3]) Dernburg, Pandecten, 6. Aufl., II. Bd., S. 313.

gesehen, wenn der locator, der Besteller, den Stoff lieferte. Stellte der conductor, der Unternehmer, aus eigenem gelieferten Material das opus her, so lag emptio venditio nach herrschender Lehre vor.[1])

Streitig war im gem. R. die rechtliche Natur der sog. loc. cond. irregularis, wenn nämlich dem Unternehmer gestattet ist, andere als die gelieferten Materialien zu dem opus zu verwenden und den gelieferten Stoff zu behalten. Man nahm bald „reinen Werkvertrag", bald „eine Mischbildung von Tausch- und Werkvertrag an".[2])

Im Gegensatz zum gem. R. war nach Preuß. Landrecht Werkverdingung allein die materielle Produktion durch einen Werkverständigen,[3]) wobei nicht gefordert wurde, daß der Besteller den Stoff lieferte.[4]) Systematisch rechnete das A. L.-R. den Werkvertrag zu den Verträgen über Handlungen.[5])

Das B. G. B. ist jedoch in seiner begrifflichen Abgrenzung des Werkvertrages zum gemeinen Recht zurückgekehrt, so daß Dernburg[6]) ihn mit Recht „ein Abbild der römischen loc. cond. operis" nennt. Wie nach römischem Recht gehört zu seinem Thatbestand das materielle opus und die Transportverträge, ebenso das immaterielle opus.[7]) Auf dem Gebiete des materiellen opus aber hat das B. G. B. eine Grenzverschiebung zu Gunsten des Werkvertrags im Gegensatz zum gemeinen Recht vorgenommen. Es finden nämlich in dem Falle, daß bei Herstellung einer nicht vertretbaren Sache der Unternehmer den Stoff liefert, die wichtigsten Regeln des Werkvertrags Anwendung.[8]) Damit gehört also das Gebiet des „Werklieferungs-

---

[1]) Dernburg, Pandecten, 6. Aufl., II. Bd., S. 313; Windscheid, Pandecten, 8. Aufl., II. Bd., S. 706. l. 2 § 11. loc. cond. 19,2; l. 22 § 21. h. t. 19,2 l. 20 § 1. de contr. empt. 18,1.

[2]) Riezler, Werkvertrag, S. 71. Windscheid, Pandecten, 8. Aufl., II. Bd., S. 705, neigt der ersten Ansicht zu.

[3]) Dernburg, Preuß. Privatrecht, 5. Aufl., II. Bd., S. 583.

[4]) cf. Rocholl, Rechtsfälle aus d. Praxis d. Reichsger., II. Bd., d. Werkverdingungsvertrag, S. 36.

[5]) Dernburg, Preuß. Privatr., 5. Aufl., II. Bd., S. 584.

[6]) Dernburg, Bürgerliches Recht, II. Bd., 2 Abt., S. 429.

[7]) Die im römischen Recht aus der eigentümlichen Schätzung der Arbeit entspringenden Unterschiede zwischen operae liberales und illiberales, locari solitae und non solitae, wurden schon im modernen gemeinen Recht nicht mehr aufrecht erhalten, Dankwardt, die loc. cond. operis, Iherings Jahrb., XIII. Bd., S. 310. Riezler, der Werkvertrag nach d. B. G. B., S. 36. Seuff, Arch. XXXI. Bd., Nr. 234; XLII. Bd., Nr. 203; XLIII. Bd. Nr. 51. Sie sind natürlich dem B. G. B. nicht mehr bekannt. Ebenso wenig redet das B. G. B. von der loc. cond. irregularis. Man wird hier in den meisten Fällen den § 651 anwenden. Vergl. dazu auch Kipp bei Windscheid, Pandecten, 8. Aufl., II. Bd., S. 705. Riezler, Werkvertrag, S. 71.

[8]) Der Fall, wo es sich um die Herstellung vertretbarer Sachen handelt, ist reiner Kauf. Vergl. § 651, Abs. 1.

vertrages“[1]) zum mindesten nicht mehr absolut zum Kauf. Auch finde ich die systematische Stellung des Werklieferungsvertrages unter den Regeln über den Werkvertrag, nicht unter denen über den Kauf sehr bezeichnend für seine Zusammengehörigkeit mit dem Werkvertrag.[2])

Besonders hervorzuheben sind auch die Fälle von Werkverträgen, welche eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben, da auf sie einzelne Vorschriften des Auftrages Anwendung finden,[3]) ferner die Verträge des Handelsgesetzbuches, welche begrifflich dem Werkvertrag zu subsummieren sind, so vor allem das Frachtgeschäft.[4]) Auch gehören dazu die Transportverträge der Eisenbahnen, der Post u. s. w., welche durch Spezialgesetzgebung geregelt sind. Die Aufzählung ließe sich noch fortsetzen, und Dernburg sagt daher mit Recht vom Werkvertrag: „Der Thatbestand ist nach B. G. B. ein weiter; seine Grenzen sind fast verschwimmend.“[5])

Auf alle Verträge, welche zum Werkvertrage gehören, finden die Vorschriften des § 631 ff. Anwendung, soweit sie nicht gänzlich durch die Spezialgesetzgebung oder begrifflich ausgeschlossen sind. Eine solche begriffliche Ausschließung ist für die Ansprüche auf Wandelung und Minderung bei den Transportverträgen festzustellen. Denn es fehlen die Voraussetzungen für die genannten Ansprüche. Das Werk besteht hier in einer Ortsveränderung, der Personen oder Sachen unterzogen werden sollen. „Diese Ortsveränderung kann nur entweder erfolgen oder nicht erfolgen, oder nicht rechtzeitig erfolgen; sie kann aber nicht mangelhaft erfolgen.“[6]) Wenn man den Kreis von Fehlern, für welche der Unternehmer nach § 633, Abs. 1 einzustellen hat, überschaut, so springt das sofort in die Augen.

Meine Aufgabe, die Ansprüche auf Wandelung und Minderung darzustellen, wird sich daher darauf beschränken, ihre Anwendung beim materiellen und immateriellen opus zu berücksichtigen.

---

[1]) So nennt man allgemein die Fälle des § 651, ich verstehe im folgenden immer die Fälle darunter, wo eine nicht vertretbare Sache herzustellen ist. Ueber die Entstehungsgeschichte des Werklieferungsvertrages, auf die hier nicht eingegangen werden kann, vergl. Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag nach d. B. G. B., S. 15 ff.

[2]) cfr. Dernburg, Bürgerliches Recht, II. Bd., 2 Abs., S. 447. Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte, S. 274.

[3]) Vergl. betreffs der Abgrenzung dieser Fälle vom gewöhnlichen Werkvertrage Riezler, Werkvertrag S. 72 ff.

[4]) Keine Werkverträge, sondern Dienstverträge sind Commission und Spedition. Staub, Commentar zum H. G. B. VI. und VII. Aufl., S. 1420 und 1472.

[5]) Dernburg, Bürgerl. Recht, 2. Aufl., II. Bd., S. 429.

[6]) Riezler, Werkvertrag, S. 124. Vergl. auch Deutsche Juristenzeitung, VII. Jahrgang, Nr. 1, S. 23: Haftung der Eisenbahn für Ueberfüllung der Personenwagen, wo die subsidiäre Geltung von § 634 überhaupt verneint wird.

Materielles opus ist jede Bearbeitung und Verarbeitung einer Sache[1]) zu einem bestimmten Erfolge zu nennen, doch muß die Bearbeitung und Verarbeitung der Sache Hauptzweck sein[2]). Daher ist immaterielles opus z. B. die Anfertigung eines Gutachtens, die Aufstellung einer chemischen Analyse, aber auch alle Veränderungen, die am menschlichen Körper vorgenommen werden, sind dahin zu rechnen, z. B. Rasieren, Haareschneiden u. s. w., denn der menschliche Körper ist keine Sache im Sinne des Gesetzes.

Das B. G. B. hat für das materielle und immaterielle opus die Ansprüche auf Wandelung und Minderung gleichmäßig zugelassen.[3]) Wie sich die Regelung dieser Ansprüche im einzelnen gestaltet, ist im folgenden darzulegen, doch wird vorher zu untersuchen sein, wie nach gemeinem Recht die Mängelhaftung beim Werkvertrag (loc. cond. operis) beschaffen war.

---

[1]) Sache im Sinne des § 90.

[2]) Eine in der Literatur wenig behandelte Frage ist die, ob in Fällen des Werkvertrages, wo der Besteller den Stoff liefert, der Unternehmer Eigentum daran nach § 950 B. G. B. durch Specification erwirbt. Für das gemeine Recht ist die Frage zu verneinen, für das B. G. B. mindestens zweifelhaft, da von dem in § 950 aufgestellten Prinzip zu Gunsten des Werkvertrages keine Ausnahme gemacht ist. Doch spricht außer Gründen der Zweckmäßigkeit für die Ausnahme von dem Prinzip des § 950 der Umstand, daß der Unternehmer ein Pfandrecht an den von ihm hergestellten oder ausgebesserten beweglichen Sachen des B. G. B. hat. Wozu ihm das Pfandrecht geben, wenn er doch schon Eigentum erworben hat? Für die Einschränkung des § 950 zu Gunsten des Werkvertrages sind: Riezler, Werkvertrag, S. 28 und Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag, S. 7; Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., II. Bd., S. 137, erklärt die Frage für „äußerst zweifelhaft".

[3]) Der erste Entwurf behandelte die Herstellung oder Veränderung einer Sache in §§ 567—578 besonders, und ließ nur entsprechende Anwendung dieser Vorschriften bei einem „anderweiten durch Arbeitsleistung oder Dienstleistung zu bewirkenden Erfolge" in § 579 zu.

Erster Teil.

Die Ansprüche des locator operis nach gemeinem und Preussischem Recht bei mangelhafter Erfüllung.

§ 2.

Die locatio conductio operis im römischen und gemeinen Recht.

A. Wenn Windscheid in seinen Pandecten die loc. cond. operis zusammen mit der l. c. operarum als einen „besonderen Fall" derselben behandelt,[1]) so ist diese Anordnung des Stoffes systematisch für das römische und gemeine Recht jedenfalls richtig. Dankwardt's Behauptung aber, daß sich die loc. cond. operis aus der loc. cond. operarum entwickelt habe,[2]) muß als historisch unrichtig verworfen werden. Vielmehr hat die loc. cond. operis eine selbständige Wurzel und „ihren Ursprung in den staatlichen Verdingungen".[3]) Sie hat sich „auf dem Gebiete der römischen Staatsverwaltung entwickelt",[4]) um vom Gebiete des öffentlichen Rechts erst auf das Privatrecht übertragen zu werden.

Aber diese in ihrer Entstehung begründete Selbständigkeit blieb der loc. cond. operis nicht erhalten, sondern sie wurde mit der loc. cond. rei und loc. cond. operarum vereinigt. In dieser Verbindung finden wir sie im Edict,[5]) unter gemeinsamem Titel mit der loc. cond. rei und operarum wird sie in Institutionen, Digesten und Codex behandelt.

Dieser Zusammenhang mit der Sach- und Dienstmiete ließ eine individuelle Behandlung der loc. cond. operis nicht aufkommen, auch konnte sich eine größere Anlehnung der loc. cond.

---

[1]) Windscheid, Pandecten, 8. Aufl., II. Bd., S. 691.

[2]) Dankwardt, loc. cond. operis in Iherings Jahrbüchern XIII. Bd., S. 303.

[3]) Pernice, Labeo 1. Aufl., I. Bd., S. 464.

[4]) Bechmann, Kauf I., S. 432, Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II. Bd., S. 632 ff.

[5]) Lenel, edictum perpetuum, S. 240.

operis an den Kauf nicht vollziehen. Wenn Gaius ganz allgemein sagt: „Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni isdem que regulis juris consistit“,[1] so gilt dies in erster Linie für den Werkvertrag, der „dem Kaufe innerlich weit näher steht als die Sachen und Dienstmiete“,[2] denn bei Kauf und Werkvertrag besteht der Erfolg des Vertrages in der Uebergabe einer fertigen Sache gegen einen für diesen Erfolg gezahlten Preis. Aber an die Miete fesselte den Werkvertrag der Umstand, daß bei der Uebergabe der Sache der locator nur wieder bekam, was er schon vorher hatte, was er jederzeit hätte vindicieren können.

Bei aller Verwandtschaft mit dem Kauf trennt doch eine tiefe Kluft die loc. cond. operis von ihm. Denn das Eigentum an dem Stoffe bleibt unverändert.[3] Das dingliche Element mußte notwendig bei der Frage entscheiden, wohin systematisch die loc. cond. operis zu stellen sei, ob zu den Locationen oder ob zur emtio - venditio. Denn niemals konnte das obligatorische Band, welches den conductor operis mit dem locator verknüpfte, irgend eine dingliche Wirkung ausüben oder eine Verpflichtung erzeugen, das Eigentum zu übertragen. Daher[4] blieb die loc. cond. operis bei den Locationen, deren Entwicklung sie folgte.

B. Es kann bei der unselbständigen Stellung der loc. cond. operis nicht Wunder nehmen, wenn die römischen Juristen nicht daran dachten, dem Werkvertrag wegen seiner Aehnlichkeit mit dem Kauf zu gönnen, was den Locationen überhaupt versagt war: das Aedilicische Edict.

Ulpian stellt in seinem ersten Buche zum Edict der curulischen Aedilen die Unanwendbarkeit des Edicts auf die Lokationen ausdrücklich fest: „Sciendum est ad venditiones solas hoc edictum pertinere . . . . cur autem de locationibus nihil edicatur. mirum videbatur: haec tamen ratio redditur rel quia nunquam istorum de hac re fuerat jurisdictio vel quia non similiter locationes ut venditiones fiunt“.[5] Wie stimmt diese letzte Begründung Ulpians zu der großen Aehnlichkeit der locatio conductio

---

[1]) C. 2 Dig. loc. cond. 19,2.

[2]) Bechmann, Kauf I., S. 428.

[3]) C. 39 D. loc. cond. 19,2. Ulpian: „Non solet locatio dominium mutare“.

[4]) Daß dies dingliche Moment bei der Abgrenzung zwischen Kauf und Miete ausschlaggebend ist, zeigt sich auch in der Grenzlinie, welche die Römer zwischen Kauf und Werkvertrag zogen: der „Werklieferungsvertrag“, bei dem es auch Eigentum zu übertragen galt, war Kauf. Ein sachenrechtlicher Grundsatz ist es auch, welcher den Hausbau auf fremdem Grundstück, selbst wenn der conductor alle Materialien liefert, als Werkverdingung gelten läßt: superficies solo cedit: hier brauchte das Eigentum nicht übertragen werden, denn es war schon übergegangen. cf. Riezler Werkvertrag, S. 58.

[5]) C. 63 D. de aedil. edicto 21,1.

und emptio venditio von der Gaius spricht?[1]) Man wird sich hier wieder jenes schon oben citierten Ausspruches Ulpians, daß die Miete das Eigentum nicht zu verändern pflege, erinnern müssen. Wie sollte man sich die actio redhibitoria bei der loc. cond. operis angewandt denken, wo doch garnichts zurückzugeben war, wo der locator ja nichts als die eigene Sache zurück bekam! Die bloße Arbeitsleistung an der Sache konnte nicht von derselben abstrahiert werden. Julians Wort:[2]) judicium redhibitoriae actionis utrumque, id est venditorem et emptorem quodam modo in integrum restituere debere" war hier nicht durchführbar.

Der oben angeführte Grund findet sich auch in der Glosse zur l. 63 de aed. ed.: „non enim in locatione intenditur transferri dominium: ut in emptione ut supra locatio non solet". Die Glossatoren hatten also keine Neigung, das Aedilicische Edict auf die Locationen und damit auf die loc. cond. operis auszudehnen.

Soviel ich sehe, hat nur ein einziger berühmter Jurist, Jacobus Cujacius, den Versuch gemacht, das Aedilicische Edikt analog auf die Locationen anzuwenden.[3]) Er geht dabei von der in den Quellen bezeugten „familiaritas" zwischen emtio venditio und locatio conductio aus und erinnert an l. 2 D. loc. cond. 19,2, wonach Miete und Kauf „eisdem juris regulis consistunt. Cujacius fährt dann fort, daß man wohl Grund habe, das Aedilicische Edikt auf die Miete auszudehnen und führt, um seine Lehre zu stützen eine Konstitution des Kaisers Zeno an, wonach sowohl dem Mieter als dem Vermieter erlaubt wird, innerhalb eines Jahres ohne Schadensersatz wegen Nichterfüllung leisten zu müssen, vom Vertrage zurück zu treten.[4]) Die von Cujacius citierte Stelle stammt aus den Basiliken und ist nicht im corpus juris glossatum enthalten.[5]) Cujacius aber wollte sie dem corpus juris einverleiben.[6]) Zu dem Zweck, welchen Cujacius bei Citierung dieser Konstitution verfolgte, war dieselbe aber nicht geeignet. Denn offenbar ist in jener Stelle gar nicht von der a⁰ redhibitoria die Rede, die in 6 Monaten verjährt, nicht in einem Jahr, wie die Constitution für das Rücktrittsrecht vorschreibt, außerdem wird dem Mieter und dem Vermieter ein Rücktrittsrecht gegeben, während die a⁰ redhibitoria ein Recht des Käufers ist.[7])

---

[1]) l. 2 pr. D. loc. cond. 19,2.
[2]) l. 23 § 7 D. de aed. edict. 21,1.
[3]) Cujacius Observationes Lib. XII, cap. 38.
[4]) l. 34, Cod. de loc. et cond. IV, 65.
[5]) Glück, Erläuterungen, XX. Bd., S. 41.
[6]) Walch, introductio in controversias juris civilis 1791. S. III, Kap. IV, Membr. IV, subs. II de locatione conductione S. 631.
[7]) Vergl. Glück, Erläuterungen, XX. Bd., S. 41 und die bei Glück citierten.

Ueber diesen Mangel konnte selbst die Autorität des Cujacius nicht hinwegtäuschen. Seine Meinung wurde heftig bekämpft[1]) und widerlegt, blieb aber bis zum Ende des 18. Jahrhunderts als eine Streitfrage unter den Juristen lebendig. Unter den großen Juristen nach Cujacius, welche sich mit dieser Frage eingehender befaßten, sind namentlich zu nennen: Johann Voet[2]) und Samuel von Cocceji,[3]) welche beide die Frage gegen Cujacius entscheiden.

Die Pandectisten der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts berühren noch die Streitfrage, um sie zu verneinen, was besonders bei der Neubelebung des römischen Rechts durch die historische Schule nur selbstverständlich ist.[4])

Windscheid und Dernburg behandeln die Frage überhaupt nicht mehr.

Im Gebiet des gemeinen Rechts, wie es bis 1. Januar 1900 in Deutschland galt, hat das Aedilicische Edict bei den Locationen überhaupt und insbesondere bei der loc. cond. operis keine Anwendung gefunden.[5]) Wäre Cujacius durchgedrungen, so würde die loc. cond. operis wohl dem Edikt unterworfen worden sein. Es ist aber daran zu erinnern, daß ein großes Gebiet, welches dem Titel „Werkvertrag" des B. G. B. unterstellt ist, wie wir oben sahen, dem Kauf untergeordnet war: der Werklieferungsvertrag. Hier waren also schon die Ansprüche auf Wandelung und Minderung nach gemeinem Recht bekannt. „Werkvertrag" im weitesten Sinne genommen wie das B. G. B. den Begriff als Titelüberschrift verwendet, können wir sagen, daß für einen Teil des Werkvertrags im gemeinen Recht das Aedilicische Edict in der That gegolten hat.

[1]) Man behauptete sogar, Cujacius hätte die Constitution selbst erfunden. Vergl. Jo. Heinrich Bergeri Resolutiones legum obstantium, Wittenberg 1692 libr. XXI S. 484, „an in locatione Edictum Aedilitium locum habeat?" Donellus, der Zeitgenosse des Cujacius behandelt die Streitfrage gar nicht. cf. Commentarius de jure civili, Ed. VI, VII. Bd., S. 390 ff und 419 ff.

[2]) Voet: Commentarius ad Pandectas zum 21. Buch, tom. I. Cujacius, etiam ad locationes edictum aedilitium censuit porrigendum, libr. XII., obs. 38; cum lex illa simpliciter de spatio anni loquatur, dum redhibitoria intra sex menses movenda est; nec ullam morbi vitiine mentionem habeat: atque insuper locatori aeque ac conductori accommodetur; quod non patitur natura aedilitarum actionum, per quas emtoribus tantum adversus venditorum fallacias succursum dicitur. I 1 S. 2 ff u. A.

[3]) Samuelis von Cocceji, Juris civilis controversi Pari II, libr. XXI, Tit. 1, quaest. II, S. 65.

[4]) So Glück XX. Bd., S. 41. Holzschuher, Theorie und Casuistik, 3. Aufl., II. Bd., S. 881. Schweppe, röm. Privatrecht 4. Ausg., III. Bd., S. 144. Unterholzner, Schuldverhältnisse II. Bd., S. 324, Weiske, Rechtslexicon, Bd. VII, S. 507.

[5]) Vergl. v. Buchka, B. G. B. und gemeines Recht, 3. Aufl., S. 132.

C. Da die Ansprüche auf Wandelung oder auf Minderung dem gemeinen Recht beim Werkvertrage nicht bekannt waren, so ist ein kurzer Ueberblick über die Rechtsbehelfe geboten, welche dem Besteller gegen den Unternehmer bei mangelhafter Erfüllung zustanden und mit der actio locati geltend zu machen waren.

1. Der Besteller kann Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach den allgemeinen Grundsätzen fordern, wenn der Unternehmer schuldhafter Weise ein mangelhaftes Werk liefert.

2. Bei möglicher Nachbesserung des Mangels kann der Unternehmer sich zu einer solchen erbieten, der Besteller kann sie verlangen.[1])

3. Ist der Mangel erheblich, so wird dadurch für den Besteller ein Rücktrittsrecht begründet, doch nur, wenn der Sache nach ein Rücktritt möglich ist.[2])

4. Nimmt der Besteller das mangelhafte Werk an, so kann er Minderung der Vergütung verlangen,[3]) selbst wenn die Arbeit durch casus verschlechtert wurde; dies gilt jedoch nur bis zu der Approbation oder der ihr gleich gestellten Vollendung des Werkes, wenn dasselbe hätte approbiert werden müssen,[4]) denn der conductor trägt die Gefahr bis dahin.[5]) Im Falle des Verschuldens aber trifft den conductor immer die Schadensersatzpflicht.

5. Bei nicht rechtzeitiger Erfüllung kann der locator vom Vertrage zurücktreten, wenn das verspätete Opus für ihn keinen Wert mehr hat.[6])

Gemeinsam ist diesen Ansprüchen, daß sie keiner besonderen Gewährleistungspflicht entspringen und nur geltend gemacht werden können bis zur Abnahme des Werkes. Nachher sind nur heimliche Mängel noch der Klagbarkeit fähig, d. h. „solche, welche bei ordnungsmäßiger Prüfung nicht erkennbar waren".[7]) Eine Specialvorschrift gab es in Rom für öffentliche Bauten, wonach Baumeister und ihre Erben für alle innerhalb von 15 Jahren an dem Bau sich zeigenden Fehler haftbar sind, soweit sie nicht durch Zufall entstanden sind.[8]) Die Beweislast trifft dabei den Unternehmer.

[1]) Dernburg, Pandecten, 6 Aufl., II. Bd., S. 313, Anm. 12. Weiske, Rechtslexicon, VII. Bd., S. 813. Dankwardt in Jher. Jahrbüchern XIII. Bd. Die loc. cond. operis, S. 328, Anm. 3.

[2]) Dernburg, Pand., 6. Aufl., II. Bd., S. 313. Dernburg nennt als Beispiel, wo das Rücktrittsrecht unmöglich ist, Bauten.

[3]) Dernburg, ebenda, Weiske, Rechtslexicon, VII. Bd., S. 818.

[4]) Brinz, Pandecten, 2. Aufl., II. Bd., S. 767.

[5]) l. 36 D. loc. cond. 19,2, l. 37 eodem.

[6]) Dankwardt, Jher. Jahrbücher XIII. Bd., Die loc. cond. operis, S. 329. Dernburg, Pandecten, 6. Aufl., II. Bd., S. 313. Weiske, Rechtslexicon VII. Bd., S. 814.

[7]) Brinz, Pandecten, 2. Aufl., II. Bd., S. 770.

[8]) l. 8 C. de oper. publ. 8,11. Leyser in seinen Meditationes Sp. 212, m. 3 wollte dies auch auf Privatbauten anwenden, ohne jedoch Beifall zu finden. Vergl. Koch, D. Recht d. Forderungen nach gemeinem und preuß. Rechte. 2. Aufl., III. Bd., S. 990, Note 19.

Es verjähren alle diese Ansprüche in der gewöhnlichen Verjährungszeit von 30 Jahren.

Da die Klagen, welche der locatio conductio entspringen, bonae fidei waren, so war vom Richter omnis causa zu berücksichtigen und eine gerechte und billige Abwägung der gegenseitigen Verpflichtungen zu erwarten.[1])

Indem der conductor, wie oben bemerkt, die Gefahr bis zur Abnahme trug, wurde eine strenge Haftung erzielt, so daß hier das Aedilicische Edict entbehrlich gewesen sein mag. Nur für die Zeit nach der Abnahme fehlte eine ähnlich strenge Haftung, wie sie das Edict bot, vollkommen.

§ 3.

Die Ansprüche auf Wandelung und Minderung bei der Werkverdingung nach Preußischem Landrecht.

Da, wie wir sahen, nach römischem und gemeinem Rechte die aedilicische Gewährleistung beim Werkvertrag aus Gründen juristischer Logik ausgeschlossen war, muß es Wunder nehmen, daß das Preußische Recht den Schritt, das Aedilicische Edict auch auf den Werkvertrag auszudehnen, im Gegensatz zum gemeinen Recht wagte, und so das Preußische Recht eine Brücke von der gemeinrechtlichen Lehre zum B. G. B. geschlagen zu haben scheint.

Das Preußische L. R. gab besondere Bestimmungen betreffs Mängelhaftung bei der Werkverdingung[2]), und man stritt deshalb, ob auch die allgemeinen Vorschriften über die Gewähr bei Verträgen[3]), d. h. eben die aedilicische Gewährleistung statthaben dürfe. Schließlich ist in Theorie und Praxis übereinstimmend die Anwendbarkeit dieser Normen anerkannt worden, indessen in viel beschränkterem Umfange als beim Kauf.[4]) Im Gegensatz zum gemeinen Recht gab man dem Unternehmer keine Möglichkeit, sein fehlerhaftes Werk umzuarbeiten, auch ein anderes fehlerfreies durfte er nicht liefern.[5]) War der Werkmeister in Schuld, so konnte der Besteller die Annahme verweigern und Schadenersatz fordern, oder das Werk zwar annehmen, dann aber „sein Interesse an dessen Fehlern beanspruchen".[6]) War der Wertmeister nicht in Schuld, so konnte der Besteller „wandeln" oder „mindern" und zwar innerhalb

[1]) Brinz, Pandecten, 2. Aufl., II. Bd., S. 770.
[2]) Pr. L. R. I, 11 § 943 ff.
[3]) Pr. L. R. I, 5 § 319 ff.
[4]) Dernburg, Preuß. Privatrecht, 5. Aufl., II. Bd., S. 587. Rocholl, Rechtsfälle, II. Bd., Abt. II, S. 50.
[5]) Dernburg, Lehrb. d. Preuß. Privatrechts, 5. Aufl., II. Bd., S. 587, Anm. 11. Förster Eccius, Preuß. Privatrecht, 7. Aufl., II. Bd., S. 286.
[6]) Dernburg, Preuß. Privatrecht, 5. Aufl., II. Bd., S. 587. Förster Eccius, Preuß. Privatrecht, 7. Aufl., II. Bd., S. 286.

kurzer Verjährungsfristen.[1]) Besondere Bestimmungen kennt das Preußische L. R. bei verdungenen Bauten[2]), worauf hier jedoch nicht näher einzugehen ist.

Wenn das Preußische L. R. infolge übereinstimmender Auslegung seitens Theorie und Praxis so die Gewährleistung des Aedilicischen Edicts auf den Werkvertrag übertragen hat, so ist daran zu denken, daß das Pr. L. R. andere Begriffsmerkmale für den Werkvertrag aufgestellt hat als das gemeine Recht. Auch galt die Wandelungsklage nach herrschender Ansicht nicht für den ganzen Umfang der Werkverdingung. Für die Fälle, wo der Werkmeister die Sache nur zur Bearbeitung erhielt, erlitt sie Einschränkungen[3]), also gerade für die loc. cond. operis, soweit sie das materielle opus umfaßt. Daher wird man nicht sagen dürfen, das Pr. L. R. stelle die Verbindung her zwischen gemeinen Rechts und B. G. B. Vielmehr hat erst dieses ausnahmslos für alle Fälle des Werkvertrages die Ansprüche auf Wandelung und Minderung für zulässig erklärt, und zwar unter Aufnahme des gemeinrechtlichen Begriffs der loc. cond. operis.

[1]) Vergl. Dernburg, ebenda. Förster-Eccius, ebenda, Preuß. Landrecht I, 5, § 343.

[2]) Vergl. Dernburg, Preuß. Privatrecht, 5. Aufl., II. Bd., S. 588. Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht, 7. Aufl., II. Bd., S. 289.

[3]) Dernburg, Preuß. Privatrecht, 5. Aufl., II. Bd., S. 587, Anm. 14. Rocholl, Rechtsfälle, II. Bd., S. 55. Vergl. aber Bolze, Praxis, VII. Bd., Nr. 537, wo der Besteller vom Bau-Unternehmer Wiederherstellung des Baugrundstückes fordern und vom Vertrage abgehen durfte.

Zweiter Teil.

Die Ansprüche auf Wandelung und Minderung beim Werkvertrage nach B. G. B.

Erster Abschnitt.

Die Ansprüche auf Vollziehung von Wandelung und Minderung beim Werkvertrage.

§ 4.

Uebersicht über die Ansprüche des Bestellers bei nicht gehöriger Erfüllung.

Die Ansprüche auf Wandelung und Minderung bilden nur einen Teil der Rechte, welche dem Besteller bei mangelhafter Erfüllung zustehen. Neben ihnen giebt der 7. Titel des VII. Abschnitts selbst spezielle Bestimmungen und es wird ferner noch die Frage aufzuwerfen sein, ob und inwieweit die allgemeinen Vorschriften über Verträge anwendbar sind.

Nach der herrschenden Meinung hat der Besteller gegebenen Falls die Wahl, sich der in §§ 633 ff. gewährten oder der auf den allgemeinen Bestimmungen beruhenden Rechtsbehelfe zu bedienen.[1]) Dies dürfte nicht zutreffend sein, soweit Mängel des Werkes in Betracht kommen, wie Titze mit Recht hervorhebt[2]), da aus den §§ 323, 325, 326, um die es sich hier hauptsächlich handelt, einerseits dem Besteller keinerlei „weitergehende" Ansprüche erwachsen, andererseits sich Widersprüche gegen die Sonderbestimmungen der §§ 633—635 ergeben. Zunächst steht § 323 zu der Gewährleistungspflicht, welche dem Unternehmer auferlegt ist, im Gegensatz, denn der Nachweis, daß ihm kein Verschulden zur Last fällt, befreit den Unternehmer nicht von seiner Erfüllungspflicht, und nicht von den Ansprüchen auf Wandelung oder Minderung, wenn auch von der Pflicht zum Schadensersatz (§ 635). Nach § 323 aber würde der Besteller von seiner Leistungspflicht zwar frei werden, aber auch

[1]) So u. a. Dernburg, Bürgerliches Recht II. Bd., 2. Abt., S. 458. Planck, Comm. II., S. 372, Vorbemerkungen zu §§ 633—639.

[2]) Titze, Unmöglichkeit der Leistung, S. 305.

sein Recht auf Erfüllung wäre ausgeschlossen. Dieser offenbare Widerspruch kann nur zu Gunsten der Sonderbestimmungen der §§ 633 ff. gelöst werden.

Trifft den Unternehmer Verschulden, so kann der Besteller statt Wandelung oder Minderung Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen (§ 635). Nach § 325 könnte der Besteller Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen, was er ja auf Grund von § 635 schon darf, oder — nach seiner Wahl — vom Vertrage zurücktreten. Nach § 635 aber steht dem Besteller eben kein Rücktrittsrecht zu, sondern ein Anspruch auf Wandelung, welcher zwar zu demselben Ziele führt wie ein Rücktrittsrecht, dennoch aber namhafte Verschiedenheiten von diesem hauptsächlich bei der Frage der Verjährung aufweist. Auch hier kann der Gegensatz der beiden gesetzlichen Bestimmungen nur durch Nichtanwendung der allgemeinen Norm beseitigt werden. Dieselbe Ueberlegung muß bei § 326 im Falle eines Mangels durch Verzug des Unternehmers angestellt werden.

Der einzige Grund, welcher für die Zulassung der genannten allgemeinen Bestimmungen angeführt werden kann, ist der, daß die Ansprüche aus den §§ 633—635 den kurzen Verjährungsfristen unterliegen, während die aus den §§ 323 ff. hervorgehenden Ansprüche der 30jährigen Verjährung unterstellt sind, so daß der Besteller wesentlich in seinen Rechten verkürzt wird, wenn ihm seine Ansprüche nur so kurze Zeit erhalten bleiben. Dazu ließe sich anführen, daß die allgemeinen Vorschriften, die ein Verschulden zur Voraussetzung haben, eben darum die Berechtigung in sich tragen, länger als die Ansprüche aus der Gewährleistungspflicht dem Besteller zu dienen. Diesem Gedankengang steht aber die in § 635 ausgedrückte ratio legis entgegen, welche im Falle des Verschuldens zwar eine gesteigerte Haftung des Unternehmers statuiert, die daraus sich ergebenden Ansprüche aber ebenso wie die auf der Gewährleistungspflicht beruhenden den kurzen Verjährungsfristen unterwirft.[1]) Daher wird man die angeführten Bedenken nicht für durchschlagend halten können.

Anders als für den Fall, daß das Werk Mängel aufweist, gestaltet sich die Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften[2]) auf die nicht rechtzeitige Herstellung, da die Sonderbestimmung des § 636 der Ergänzung für die Fälle des Verschuldens seitens des Unternehmers bedarf.[3])

Demnach würden dem Besteller folgende Rechte — wenn dieselben in zwei Gruppen eingeteilt werden, je nachdem das Werk nicht vertragsmäßig hergestellt oder nicht rechtzeitig geliefert ist,

[1]) § 638.

[2]) Nur § 323 muß auch bei nicht rechtzeitiger Herstellung ausgeschlossen bleiben.

[3]) Abweichend Titze, Unmöglichkeit der Leistung, S. 306.

und bei jeder Gruppe unterschieden wird, ob Verschulden vorliegt oder nicht — bei nicht gehöriger Erfüllung zustehen:

A) Das Werk ist nicht vertragsmäßig hergestellt:
   a) Ohne Rücksicht auf eventuelles Verschulden.
1. Primär kann der Besteller Beseitigung eines Mangels fordern,
2. Subsidiär kann er wandeln oder mindern (§§ 633, 634)
   b) Mit Rücksicht auf Verschulden des Unternehmers: Der Besteller kann statt zu wandeln oder zu mindern Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen. (§ 635).

B) Das Werk ist nicht rechtzeitig hergestellt:
   a) Ohne Rücksicht auf Verschulden
1. Primär kann rechtzeitige Herstellung verlangt werden,
2. Subsidiär kann der Besteller zurücktreten (§ 636),
3. Sofort kann der Besteller beim Fixgeschäft zurücktreten (§ 361)
   b) Mit Rücksicht auf Verschulden kann der Besteller
1. Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Vertrage zurücktreten, wenn die Voraussetzungen des § 325 vorliegen,
2. Nach Setzung und Ablauf einer angemessenen Frist Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten, wenn die Voraussetzungen des § 326 vorliegen.

Charakteristisch für die Ansprüche auf Wandelung und Minderung beim Werkvertrag ist, daß sie erst subsidiäre Mittel sind, nicht primäre, wie beim Kauf.[1])

Der oberste Anspruch des Bestellers ist der auf Beseitigung des Mangels. Diese Stellung der Ansprüche auf Wandelung und Minderung wird zu berücksichtigen sein, wenn im folgenden von denselben allein gehandelt wird.

§ 5.

Die Konstruktion der Ansprüche auf Wandelung und Minderung.

I. Nach gemeinem Rechte konnte der Käufer bei Mängeln der Sache „entweder verhältnismäßige Preisminderung (actio aestimatoria oder quanti minoris) oder Rücknahme der Sache (actio redhibitoria) verlangen".[2]) Das ist auch das Wesen der Ansprüche auf Wandelung und Minderung im B. G. B. geblieben, doch hat ihnen das Gesetz die direkte Geltendmachung wie nach gemeinem Recht versagt und eine eigentümliche Konstruktion gewählt.

[1]) Ehrenberg, Kauf und Werkvertrag in Iherings Jahrb., XXVII. Bd., S. 265.

[2]) Windscheid-Kipp 8. Aufl., II. Bd., S. 641.

Das B. G. B. nennt die Befugnis des Bestellers, Rückgängigmachung des Vertrags oder Herabsetzung der Vergütung bei Lieferung eines mangelhaften Werkes vom Unternehmer verlangen zu dürfen, Ansprüche auf Wandelung oder Minderung.[1]) „Anspruch" aber definiert das B. G. B. (§ 194) als das Recht von einem anderen ein Thun oder Unterlassen zu verlangen. Damit steht auch für die Ansprüche auf Wandelung und Minderung fest, daß dem Besteller nicht das einseitige Recht eingeräumt wird, zurückzutreten oder einen Abzug von der vertragsmäßigen Vergütung zu machen, sondern die Mitwirkung des Unternehmers ist zu beidem erforderlich.[2])

Daß Wandelung und Minderung in Gestalt von Ansprüchen im B. G. B. auftreten, wird von keiner Seite bestritten, wohl aber lautet die Antwort auf die Frage, was für eine Thätigkeit denn der Besteller vom Unternehmer kraft seiner Ansprüche verlangen dürfe, d. h. nach dem Inhalt derselben, verschieden.

Die herrschende Meinung findet in § 465 (auf den ja auch für den Werkvertrag verwiesen wird § 634 Abs. 4) deutlich den Inhalt des Wandelungs- und Minderungsverlangens ausgedrückt, wenn es dort heißt: „Die Wandelung oder die Minderung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt". Der Besteller kann also vom Unternehmer den Abschluß eines Vertrages verlangen, in dem sich der Unternehmer zur Wandelung (oder Minderung) verpflichtet. Wandelung (oder Minderung) verlangen heißt nur dieses, nicht schon die Rückgewähr (oder Minderung) der Leistungen, vielmehr fließt diese Verpflichtung erst aus dem neuen Vertrag[3]), welcher seinen Inhalt erhält durch den § 467 für die Wandelung, und durch die §§ 472 bis 475 für die Minderung.

Gegen diese Auffassung hat eine Minderheit, als deren Haupt Eccius zu nennen ist, Widerspruch erhoben[4]), indem sie bei der von ihr behaupteten Schwerfälligkeit und Undurchführbarkeit der prozessualen Gestaltung jener Konstruktion einsetzt. Man hat nämlich hervorgehoben, daß — im Falle der Weigerung — die Einwilligung des Verkäufers zwar ersetzt werden könne durch rechtskräftiges Urteil (C. P. O. § 894), daß aber erst auf Grund dieses Urteils, wodurch

[1]) arg. §§ 634 Abs. 3, § 636, § 638, 639.

[2]) Man beachte auch die scharfe Gegenüberstellung von „Anspruch auf Wandelung" und „Recht zurückzutreten" in § 636. Vergl. auch die Motive II. Bd., S. 238: „Um für die Verjährung die Grundlage zu gewinnen, ist . . . dem Rechte auf die Minderung und demjenigen auf die Wandelung die Eigenschaft eines Anspruchs beigelegt."

[3]) So: Planck, Comm. II, S. 248; Oertmann, Comm. S. 190 Schollmeyer, einzelne Schuldverhältnisse S. 16; Staudinger, Com. S. 211; Kipp in Windscheid's Pandecten II, S. 656; Dernburg, Lehrb. II, Abt. 2, S. 57; Titze, Unmöglichkeit der Leistung S. 280.

[4]) Eccius, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem B. G. B. in Gruchots Beiträgen XLIII. Bd., S. 305ff.

die Wandelung vollzogen sei, auf Rückgewähr der Leistungen geklagt werden könne. Daher wären so zwei Klagen zur Durchsetzung der Wandelung erforderlich.[1])

Deshalb hat man für zulässig erklärt: „mit dem Anspruch auf Wandelung zugleich in derselben Klage die . . . aus der Wandelung erwachsenden Ansprüche geltend zu machen."[2])

Diese Möglichkeit wird von Eccius bestritten, indem er ausführt, daß ein „Anspruch, dessen Nativität erst hinter der Rechtskraft eines im Prozeß erbetenen Urteils liegt, . . . notwendig, solange der Prozeß dauert, actio nondum nata" sei.[3]) Die dadurch nothwendige Bedingtheit der Klage auf Rückgewähr, wenn man nach Plancks Meinung verfährt, macht diese Klage nach Eccius „aus Gründen rechtlicher Logik" unmöglich.[4]) Er versucht nun, um der oben angedeuteten Schwierigkeit der prozessualen Durchführung auszuweichen, zu einer anderen Konstruktion der Ansprüche auf Wandelung und Minderung zu gelangen. Von den §§ 478 und 466 ausgehend, thut Eccius dar, daß von der Konstruktion der herrschenden Meinung hier abgewichen sei, indem in § 478 „im Gesetze selbst ein Fall" hervortrete, „in welchem das Wandelungsverlangen ohne einen darauf hin zu Stande gekommenen Vertrag . . . geltend gemacht werden könne"[5]), und in § 466 zwar eine „vertragsmäßige Wandelung" vorliege, „doch in anderer Weise als nach § 465 zu Stande" komme.[6]) Deshalb fragt Eccius, inwiefern das Gesetz denn zu der Auffassung zwinge, daß „nur durch Abschluß eines Wandelungsvertrages die Wandelung vollzogen werden könne"[7]) und kommt zu dem Resultat, daß dies keineswegs der Fall sei, da nur aus einer Fassung des § 465: „Die Wandelung wird vollzogen" nicht wie da stehe „ist" vollzogen ein solcher Schluß zu ziehen sei.[8]) Der § 465 sage nur „daß die Wandelung auch durch einen Wandelungsvertrag in Vollzug gesetzt werden könne", die Kommission wollte nur klar stellen, daß das Wahlrecht nicht schon durch das Wandelungsverlangen, sondern erst durch Vertragsschluß erlösche.[9])

[1]) So auch Dernburg, Lehrb. II, Abt. 2, S. 58 mit dem Zusatz: „Darauf wird sich die Praxis indessen mit Recht nicht einlassen."

[2]) Planck, Comm. II, S. 253, ebenso Dernburg, Lehrb. II, Abt. 2, S. 58 in Anm. 13: „Es dürfte sich folgender Antrag bei der Wandelung empfehlen: Den Beklagten zu verurteilen, in die Wandelung des Kaufvertrages einzuwilligen, und demgemäß an Kläger den Kaufpreis gegen Rückgabe der Sache zurückzuzahlen." Entsprechend bei der Minderung.

[3]) Eccius loc. cit., S. 320.

[4]) Eccius loc. cit., S. 328.

[5]) Eccius loc. cit., S. 322.

[6]) Eccius loc. cit., S. 327.

[7]) Eccius loc. cit., S. 324.

[8]) Eccius, ebenda.

[9]) Eccius loc. cit., S. 325.

Derselben Ansicht wie Eccius sind Lobe[1]), ferner Cohn[2]), auch Neumann[3]), letzterer allerdings, wie Eccius nachgewiesen hat, auf Grund einer unrichtigen Deduktion.[4]) Die Ansicht Eccius hat mit Recht Widerspruch gefunden, denn so fein seine Konstruktion sein mag, natürlich ist sie nicht und dem Gesetz aufgedrängt.[5]) Man wird leicht in ein Gesetz einen anderen Sinn hineinlegen können, wenn man — wie Eccius bei § 465 — davon ausgeht, daß ein in das Gesetz hineingelesener Unterschied wie zwischen „ist" und „wird" genügt, um eine klar ausgedrückte Konstruktion umzustoßen. Die Argumentation aus §§ 466 und 478 ist nicht recht überzeugend, da diese Paragraphen Ausnahmen von der im übrigen durchgeführten Regel bilden.

Vor allem aber hat der Grund, weswegen Eccius u. a. die herrschende Meinung bekämpfen, nämlich die behauptete Unmöglichkeit beide Ansprüche in einer Klage zu vereinigen, lebhafte Anfechtung erfahren.[6]) Flechtheim führt aus, daß „nicht hinter der Rechtskraft", wie Eccius behauptet, sondern „in derselben" die Nativität des Anspruchs auf Rückgewähr liege, daß deshalb der Richter sehr wohl auf Grund dieser von ihm geschaffenen Rechtswirkung „in einem Atem" die weitere Verurtheilung folgen lassen könne.[7])

Auch sei „in völlig gleichliegenden Fällen" an eine Trennung sonst nicht gedacht worden.[8])

Gegen Eccius dürfte auch die Meinung Kohlers anzuführen sein, welcher — allerdings nicht im Hinblick auf den vorliegenden Fall — lehrt, daß es völlig gestattet sei, „nicht nur den Beklagten zur Vertragschließung zu verurteilen, sondern ihn weiter zu verurteilen, das zu zahlen, was er auf Grund des so geschlossenen Vertrages schuldig wird."[9]) Denselben Nachweis hat auch Kipp erbracht.[10])

[1]) Lobe, Die Vorschriften des Deutschen G. G. B. §§ 462 und 465 über die Wandelung und ihre praktische Bedeutung im Sächs. Archiv für bürgerl. Recht und Prozeß, IX. Bd., 1899, S. 104ff.

[2]) Cohn, Ein Rechtsfall (Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts, 10. Jahrg.), S. 44.

[3]) Handausgabe des B. G. B. zu § 462.

[4]) Eccius, a. a. O., S. 320 und 321.

[5]) So Dernburg, Lehrbuch II, Abt. 2, S. 58, Anm. 12.

[6]) Vergl. Kipp bei Windscheid Pand, 8. Aufl., II. Bd., S. 657; Flechtheim, Aufhebungsanspruch und Einrede in Gruchots Beiträgen, S. 65.

[7]) Flechtheim a. a. O., S. 75.

[8]) Flechtheim a. a. O., S. 76, führt das Franz. Recht an, wo der Vermieter klagen kann mit dem Antrage „den Mietsvertrag für aufgelöst zu erklären und den Mieter zu verurteilen, die Wohnung zu räumen".

[9]) Kohler, „Ungehorsam und Vollstreckung im Civilprozeß", Archiv f. d. civil. Praxis, LXXX. Bd., S. 289.

[10]) Siehe Kipp bei Windscheid, Pandecten, 8. Aufl., II. Bd., S. 657.

Ich glaube daher, daß kein schwerwiegender Grund vorliegt, wie Eccius die im Gesetz klar ausgedrückte Konstruktion fallen zu lassen. Sie wird nicht nur für die Wandelung, sondern auch für die Minderung anzunehmen sein, wenngleich Eccius auch für sie einen selbständigen processualen Grund vorbringt, um die Unmöglichkeit der Vertragskonstruktion darzuthun.[1]) Er geht davon aus, daß der Minderungskläger auf eine bestimmte Minderung klagen müsse und — nach der Vertragsconstruction immer abzuweisen sei, wenn sein Verlangen, z. B. Minderung um $^1/_2$, um $^1/_3$ u. s. f. sich als ungerechtfertigt herausstelle. Die Praxis aber werde vorziehen, die Mehrforderung des Klägers einfach abzuweisen.[2]) Dem gegenüber weist Kipp[3]) überzeugend nach, daß allerdings der Kläger abzuweisen sei, das Gericht aber nicht auch den von Eccius genannten Weg einschlagen werde, denn sonst würde dem Kläger das Recht genommen, Wandelung zu verlangen an Stelle einer Minderung, die seinen Wünschen entsprechend nicht durchgesetzt werden kann. Auf der anderen Seite sei es gar nicht nötig, daß der Minderungskläger einen zahlenmäßig bestimmten Antrag auf Minderung mache, vielmehr genügt der Antrag, gemäß § 472 Minderung zu verlangen. Der von Kipp vertretenen Ansicht wird beizutreten sein. Außer Kipp sind gegen Eccius namentlich Dernburg,[4]) ferner Flechtheim,[5]) beide allerdings mit abweichender Begründung, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann.

Kurz darauf hinzuweisen ist, daß die Ansprüche auf Wandelung und Minderung auch einredeweise geltend gemacht werden können.

Dies wird speziell im Gesetz nur für die sogen. „perpetuierte" Wandelungseinrede in § 478 geregelt. Man könnte nun auf den Gedanken kommen, den besonderen Fall des § 478 zur gewöhnlichen exceptio redhibitoria erweitern zu sollen, doch spricht dagegen, daß § 478 eine Sondervorschrift ist.[6]) Planck bemerkt nur, daß auf das perpetuierte Einrederecht die gleichen Vorschriften Anwendung finden sollen „wie für die dem Käufer auf Grund des Anspruchs auf Wandelung vor dessen Verjährung zustehenden Einrede."[7]) Einen Beleg für die Annahme einer ganz allgemein gegebenen Wandelungseinrede giebt er nicht und Flechtheim sucht ihn im Chikaneverbot des § 226 nachzuweisen, indem er an den Satz anknüpft: „dolo facit, qui petit, quod redditurus est."[8]) Ob diese im übrigen ansprechende Meinung Flechtheims nicht daran scheitert,

[1]) Eccius a. a. O., S. 332 ff.
[2]) Eccius a. a. O., S. 334.
[3]) Kipp bei Windscheid, Pandecten, 8. Aufl., II. Bd., S. 658 f.
[4]) Dernburg, Bürgerl. Recht, II. Bd., Abs. 2, S. 58, Anm. 11.
[5]) Flechtheim, Aufhebungsanspruch und Einrede, in Gruchots Beiträgen, VI. Folge, 4. Jahrg., S. 76 ff.
[6]) Flechtheim a. a. O., S. 85.
[7]) Planck, Comm., II., S. 259.
[8]) Flechtheim a. a. O., S. 86 ff.

daß sie den § 226 zu allgemein verwertet, kann hier nicht untersucht werden. Das Bestehen des Einrederechts wird jedenfalls anerkannt.

Die obige zunächst für und an dem Kauf besprochene Konstruktion der Ansprüche auf Wandelung und Minderung kann auf den Werkvertrag ohne Einschränkung übertragen wergen. Die Paragraphen, welche zu der Konstruktion führten, sind auch in § 634, Abs. 4, citiert.

Während hier volle Uebereinstimmung zu konstatieren ist, werden die Voraussetzungen der Ansprüche auf Wandelung oder auf Minderung beim Werkvertrag von denen beim Kauf bemerkenswerte Verschiedenheiten aufweisen.

§ 6.

Besondere Fälle der Ansprüche auf Wandelung und Minderung.

I. Wenngleich die Ansprüche auf Wandelung und Minderung bezüglich ihrer Konstruktion gleich behandelt werden konnten, so ist doch auf eine Verschiedenheit zwischen ihnen hinzuweisen, welche in dem besonderen Falle hervortritt, wo auf beiden Seiten oder auf einer Seite mehrere den Werkvertrag abgeschlossen haben. Wandelung kann dann nur von allen gegen alle verlangt werden. Das Wandelungsrecht ist unteilbar, und kann deshalb auch nur ungeteilt ausgeübt werden.[1]) Nur wenn alle Beteiligten einerseits Wandelung beanspruchen, andererseits sich mit ihr einverstanden erklären, kann ein giltiger Wandelungsvertrag abgeschlossen werden. Kann einer von den Wandelungsberechtigten Wandelung nicht mehr beanspruchen, so ist der Anspruch auf Wandelung auch für die übrigen erloschen.[2])

Anders bei der Minderung: das Recht zur Minderung ist teilbar, daher kann bei mehreren Beteiligten jeder gegen jeden Minderung verlangen.[3]) Ist aber mit einem der Minderungsvertrag geschlossen, so kann wegen desselben Mangels Wandelung nicht mehr verlangt werden.[4])

II. Es kann vorkommen, daß mehrere Sachen herzustellen waren, z. B. 12 Stühle oder mehrere Paar Stiefel. Dann kann nur in Ansehung der Sachen, welche mangelhaft sind, Wandelung verlangt werden, auch wenn für alle Sachen ein Gesamtpreis festgesetzt ist.[5]) Sind jedoch die Sachen als zusammengehörend hergestellt, z. B. die Hose, Weste und Rock aus einem Stoff, so kann sowohl der Unternehmer wie der Besteller verlangen, daß der

---

[1]) Dernburg, Bürgerliches Recht, II. Bd., 2. Abt., § 634, Abs. 4, § 467, § 356, Satz 1.
[2]) § 634, Abs. 4, § 467, § 356, Satz 2.
[3]) § 634, Abs. 4, § 474, Abs. 1.
[4]) § 474, Abs. 2.
[5]) § 634, Abs. 4, § 469, Satz 1.

Wandelungsvertrag bezüglich aller Sachen abgeschlossen werde unter der Voraussetzung, daß die mangelhaften Sachen nicht ohne Nachteil für einen von beiden von den übrigen getrennt werden können.[1] Wird bezüglich der Hauptsache wegen eines ihr anhaftenden Mangels Wandelung verlangt, so erstreckt sich der Wandelungsvertrag auch auf die Nebensache, sofern nichts anderes ausgemacht ist.[2] Ist die Nebensache allein mangelhaft, so kann der Besteller nur in Ansehung dieser Wandelung verlangen.[3] Was Nebensache ist, wird allerdings nicht immer leicht festgestellt werden können. Man wird wohl stets Zubehör dazu rechnen müssen,[4] im übrigen aber wirtschaftlichen Gründen und vor allem der Auffassung der Parteien nach dem Vertrage bei der Entscheidung Raum zu geben haben.[5]

III. Ist einmal Wandelung verlangt und vollzogen, so ist eine weitere Wandelung oder Minderung begrifflich ausgeschlossen, wohl aber kann nach vollzogener Minderung noch einmal Minderung oder Wandelung verlangt werden.[6] Im I. Entwurf § 393 hieß es: „Ist das Recht der Minderung geltend gemacht, so wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß wegen eines erst später entdeckten Mangels die Wandelung oder von neuem die Minderung verlangt werde". Diese Beschränkung ist weggefallen. Doch wird immerhin im einzelnen Falle geprüft werden müssen, ob nicht darin, daß bei einer Mängelrüge ein schon entdeckter Mangel nicht genannt wurde, ein Verzicht auf seine weitere Geltendmachung zu erblicken ist.[7] Ebenso muß der Entscheidung des einzelnen Falles überlassen bleiben, ob nicht unbillige, chikanöse Wiederholungen von Minderungen oder nach erfolgter Minderung ein Verlangen nach Wandelung gegen das Prinzip von Treu und Glauben im Verkehr verstoßen.[8]

§ 7.

Voraussetzungen der Ansprüche auf Wandelung und Minderung.

Die Ansprüche auf Wandelung oder auf Minderung fordern zunächst als erste Voraussetzung einen giltigen Werkvertrag. Die zweite Voraussetzung ist, daß das Werk nicht vertragsmäßig hergestellt ist: sie stammt aus der Sphäre des Unternehmers; die dritte knüpft die Geltendmachung der Ansprüche an gewisse Hand-

[1]) § 634, Abs. 4, § 469, Satz 2.
[2]) § 634, Abs. 4, § 470, Satz 1.
[3]) § 470, Satz 2.
[4]) So Planck, Comment. II, S. 254; Dernburg, Bürgerl. Recht, II. Bd., 2. Abt., S. 64.
[5]) So Dernburg, loc. cit.; Planck, loc. cit.; Oertmann, Schuldverhältnisse, S. 196; Neumann, Handausgabe I, S. 225.
[6]) § 634, Abs. 4, § 475.
[7]) Planck, Comment. II, S. 256.
[8]) Oertmann, Schuldverhältnisse, S. 199.

lungen seitens des Bestellers: sie stammt aus der Sphäre des Bestellers.

Die Voraussetzung, daß und wann ein giltiger Werkvertrag abgeschlossen ist, wird normiert nach den allgemeinen Regeln über den Abschluß von Verträgen. Besondere Formen sind für den Werkvertrag nicht vorgeschrieben. Daher beschränkt sich unsere Aufgabe darauf:

A. Die Voraussetzungen aus der Sphäre des Unternehmers,
B. Die Voraussetzungen aus der Sphäre des Bestellers zu prüfen.

A. In derselben Weise wie beim Kauf wird beim Werkvertrag der Kreis von Mängeln umschrieben, für welche der Unternehmer auf Grund seiner Gewährleistungspflicht einzustehen hat. Auch die Terminologie ist dieselbe: der Oberbegriff ist „Mängel", er zerfällt in zwei Unterabteilungen: „Nichtvorhandensein von zugesicherten Eigenschaften" und „Fehler". Demnach hat der Unternehmer dafür zu haften:

1. Daß das Werk die zugesicherten Eigenschaften hat,
2. Daß es nicht mit Fehlern behaftet ist, welche

a) Den Wert der Sache aufheben oder mindern,
b) Die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen Gebrauch aufheben oder mindern,
c) Die Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder mindern.

Es werden also vier Klassen von Mängeln aufgestellt, von denen jede genügt, die Mängelrüge zu begründen.

Während nach dem § 459 für den Kauf eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit nicht in Betracht kommt, ist diese Einschränkung für den Werkvertrag weggeblieben.[1])

Riezler[2]) macht mit Recht darauf aufmerksam, daß diese gesteigerte Haftung wohl statuiert sei, weil beim Werkvertrage der Unternehmer auf die Gestaltung des Werkes, als einer zukünftigen Sache, noch „vollen Einfluß" habe. Dem ist hinzuzufügen, daß der Werkvertrag überhaupt ein individuelleres Gepräge betreffs des Werkes als der Kauf trägt und vielfach gerade deshalb ein Werkvertrag und kein Kauf abgeschlossen wird, weil man eine Sache wünscht, welche genau den eigenen Intentionen entspricht. Diesem wirtschaftlichen Moment ist im Gesetz Rechnung getragen.

Auffallend ist, daß im Gegensatz zum Kauf an Mängel im Rechte nicht gedacht ist, die der Unternehmer zu vertreten hätte. Planck[3]) ist der Ansicht, die Frage könne „bei dem eigentlichen

[1]) Jedoch kann bei unerheblichen Mängeln nur Minderung verlangt werden, § 634, Abs. 3.
[2]) Riezler, Werkvertrag nach B. G. B., S. 105.
[3]) Planck, Comm. II., S. 371.

Werkvertrage nicht auftauchen, da der Unternehmer nur zur Herstellung des Werkes verpflichtet ist". Hiergegen meint Riezler,[1]) daß dies dennoch praktisch werden könne, „wenn Nebensachen, ohne nach §§ 946, 947, Abs. 2, wesentliche Bestandteile der Hauptsache zu werden, vom Unternehmer als Zubehör gegeben werden und an den Nebensachen Rechte Dritter bestehen". Diese Möglichkeit zugegeben, würde der § 633, Abs. 1, immer noch in den meisten Fällen ausreichen, denn wenn der Berechtigte die Sache heraus verlangt, so ist sicher der Wert oder die Tauglichkeit des Werkes gemindert und damit der Thatbestand für die Mängelrüge gegeben.

Würde sich wirklich ein seltener Fall finden, bei welchem der § 633, Abs. 1, nicht mehr genügte, so könnte man unbedenklich den § 434 analog auf den Werkvertrag anwenden, wie er ja auch im Werklieferungsvertrag (§ 651) Verwendung findet.[2])

Außerdem ist ja die Regelung der Mängelhaftung beim Werkvertrag in deutlicher Anlehnung an den Kauf erfolgt.

Wie sind nun im einzelnen die vier im Gesetz aufgestellten Klassen zu verstehen?

1. Das Werk muß die „zugesicherten Eigenschaften" haben. Hier ist zu unterscheiden zwischen bloßer unverbindlicher Reklame, „allgemeinen Erklärungen"[3]) des Bestellers, daß das Werk fehlerfrei sei, und bindenden Zusicherungen, welche über die „objektive Vertragsbasis"[4]) das Werk erheben. Dernburg[5]) hebt mit Recht hervor, daß die Zusicherung keineswegs ausdrücklich zu sein braucht[6]), wenn nur aus den Worten des Unternehmers eine solche hervorgeht. Die Zusicherung hat die Wirkung einer Garantieübernahme[7]), wodurch besondere Vorzüge oder die Abwesenheit von Fehlern gewährleistet wird, sie begründet deshalb auch eine über die gesetzliche Mängelhaftung hinausgehende Schadensersatzpflicht.[8])

Betreffs des Inhaltes der Zusicherung herrscht das Prinzip der Vertragsfreiheit, soweit sich die Parteien in den Grenzen der „guten Sitten" und der „Möglichkeit" halten.

---

[1]) Riezler, Werkvertrag nach B. G. B., S. 102.

[2]) So Planck, Comm. II., S. 371; Oertmann, Schuldverhältnisse, S. 354; Staudinger, Comm., S. 447; Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., I. Bd., S. 536.

[3]) Dernburg, Bürgerliches Recht, II. Bd., 2. Abt., S. 49.

[4]) Crome, Partiar. Rechtsgeschäfte, S. 283.

[5]) Dernburg, Bürgerl. Recht, II. Bd., 2. Abt., S. 51.

[6]) Dagegen sind stillschweigend zugesicherte Eigenschaften nicht anzuerkennen, vergl. Crome, a. a. O., S. 282; A. M. Lenel, Nochmals die Lehre von der Voraussetzung, Archiv f. civ. Pr., LXXIX. Bd., S. 103—105.

[7]) Crome, Part. Rechtsgeschäfte, S. 288; Oertmann, Schuldverhältnisse, S. 181.

[8]) Oertmann, ebenda; Planck, Comm. II., S. 247.

2. a) Die Sache darf nicht mit Fehlern behaftet sein, die ihren Wert aufheben oder mindern, wenn auch nur unerheblich. Man könnte vielleicht zweifeln, was unter „Wert" gemeint sei? Es kann hier nur der Wert in Betracht kommen, den das Werk im Verkehr hat. Ein bloßer, rein subjektiver Affektionswert kommt unmöglich in Betracht.[1]) Freilich wird man gerade wieder beim Werkvertrag den subjektiven Neigungen der Parteien entgegenkommen müssen, da auch unerhebliche Minderung einen Mangel begründet.

2 b) Fehler, welche die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen Gebrauch aufheben oder mindern. Das Werk soll also den Anforderungen entsprechen, die man gemeinhin an eine Sache aus diesem Material bei dieser Vergütung stellt. Der „gewöhnliche Gebrauch" ist wohl die breiteste Basis, auf die man sich bei Beurteilung einer Sache stellen kann. Der Gattung gegenüber — und von dieser wird man immer sprechen können, wenn man den „gewöhnlichen Gebrauch" als Maßstab anlegt — muß das Werk „mittlerer Art und Güte"[2]) sein; damit ist auch dem Grundsatz des § 242, daß die Leistung mit Rücksicht auf Treu und Glauben im Verkehr zu erfolgen habe, Genüge gethan.

2 c. Fehler, welche die Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern: Der Ton liegt hier auf den Worten „nach dem Vertrage". Auf irgendwelche subjectiven unausgesprochene Motive, Voraussetzungen — „unentwickelte Bedingungen"[3]) — kommt es nicht an, sondern es muß auch hier ausgegangen werden von der „objektiven Vertragsbasis, auf welcher ich und meine Gegner standen, als wir contrahierten."[4]) Ihr gegenüber bedeutet die Rücksichtnahme auf die subjectiven Intentionen einen „graduellen Unterschied" wie Crome[5]) sagt, d. h. eben nicht einer allein, sondern beide Contrahenten haben ausdrücklich oder stillschweigend ihren gemeinsamen Vertragsstandpunkt der objektiven Vertragsbasis gegenüber erhöht. Entsprechend diesem Standpunkt muß das Werk von einer vertragsmäßigen Beschaffenheit sein; positiv ausgedrückt, muß es bestimmte Vorzüge anweisen, negativ muß es keine oder bestimmte Fehler nicht haben. Beim Werkvertrag wird es oft schwer sein, den theoretisch offensichtlichen Unterschied zwischen der Windscheid'schen Voraussetzung und dem eben entwickelten Standpunkt auch praktisch zu erkennen. Denn man muß hier auch die Person des Werkmeisters in Anschlag bringen, und wird eine besonders hoch geschraubte Erwartung, die man an sein Geschick knüpft, nicht als bloße Voraussetzung nehmen dürfen. Die

---

[1]) Vergl. auch § 253.
[2]) § 243 Abs. 1.
[3]) Windscheid, Die Lehre von der Voraussetzung, 1850, S. 1.
[4]) Crome, Part.-Rechtsgeschäfte, S. 283.
[5]) Crome, ebenda.

Grenze nach oben muß hier immer wieder bei der Verkehrsanschauung gesucht werden.

Hiermit in Zusammenhang wird überhaupt die Frage zu beantworten sein, ob grundsätzlich mangelnde persönliche Ausführung durch den Werkmeister selbst die Mängelrüge begründet. Gemeinrechtlich war herrschende Ansicht, daß persönliche Ausführung nicht wesentlich sei, der Unternehmer durfte die Arbeit weiter verdingen auch die sog. „Entreprise" fiel unter die loc. cond. operis.[1]) Für das B. G. B. vertritt Hachenburg die Ansicht, daß im Zweifel auch der Werkunternehmer persönlich zur Leistung der Dienste verpflichtet sei.[2]) Er drückt sich allerdings sehr vorsichtig aus, wenn er sagt: Im Zweifel ist sie (die persönliche Haftung) auch für den Werkvertrag zu bejahen. Allerdings nur im Zweifel. Daß diese zu Gunsten des Unternehmers häufiger ausgeschlossen ist als beim Dienstvertrage, ergiebt sich aus den Beziehungen zum Berechtigten." Hachenburg zieht § 675 und § 673 als Argumente heran, ohne nähere Begründung. Ich würde gerade das Gegentheil aus § 675 schließen, denn die Bestimmung sagt doch, daß auf einen gleichzeitig mit einem Auftrag inhaltlich übereinstimmenden Werkvertrag eben wegen dieser Uebereinstimmung auch die Bestimmungen, welche nur dem Auftrag charakteristisch sind, so auch die notwendige persönliche Ausführung, Anwendung finden sollen.[3]) Im Zweifel brauchen also die Dienste nicht persönlich geleistet zu werden, doch kann eben persönliche Ausführung besonders zugesichert oder nach dem Vertrage vorausgesetzt, also zur lex contractus erhoben sein. —

Die Frage, wieweit der Unternehmer für seine Gehilfen zu haften habe, kommt für diese Arbeit nicht in Betracht, da die Ansprüche auf Wandelung und Minderung unabhängig vom Verschulden originieren.

B. Voraussetzungen aus der Sphäre des Bestellers.

I. Der § 634 giebt dem Besteller das Recht, zur Beseitigung des Mangels dem Unternehmer eine Frist zu bestimmen. Indem das Gesetz bestimmt: „Nach dem Ablaufe der Frist kann der Besteller Rückgängigmachung . . . verlangen" knüpft es die Möglichkeit, die Ansprüche auf Wandelung und Minderung geltend zu machen, an die Ausübung des Rechtes der Fristsetzung durch den Besteller. Diese ist eine Voraussetzung für die Geltendmachung der Mängelhaftung, welche der Besteller zu erfüllen hat. Eine ohne Erfüllung dieser Voraussetzung erhobene Klage auf Wandelung oder auf Minderung kann der Unternehmer mit der entsprechenden Einrede zurückweisen.[4])

[1]) Dernburg Pandecten, 6. Aufl., II. Bd., S. 314. A. M. Dankwardt in Iher. Jahrb. XIII. D. loc. cond. operis, S. 305.

[2]) Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag S. 38.

[3]) Gegen Hachenburg vergl. auch Riezler, Werkvertrag nach B. G. B., S. 34.

[4]) Riezler, Werkvertrag nach dem B. G. B., S. 104.

Denn es entspricht dem Wesen des Werkvertrages, daß dem Unternehmer zuerst die Möglichkeit gegeben werde, den Mangel zu beseitigen. „Der erste Gedanke nach der Lieferung eines mangelhaften Werkes ist allemal notwendig der, daß eine nachträgliche Ausbesserung durch den sachverständigen Unternehmer vorgenommen werden müsse; dieser Gedanke ist dem Besteller ebenso natürlich, wie er dem Käufer fernliegt".[1])

a) Die Fristsetzung durch den Besteller zur Beseitigung des Mangels ist der Normalfall. Sie ist nicht nötig in drei Fällen und ist in diesen Fällen auch nicht Voraussetzung für die Geltendmachung der Ansprüche auf Wandelung und Minderung:

1. wenn die Beseitigung des Mangels unmöglich ist;
2. wenn der Unternehmer sie verweigert;
3. wenn die sofortige Geltendmachung durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird.

ad 1. Unmöglichkeit der Beseitigung heißt objektive Unmöglichkeit[2]), d. h. wenn die Beseitigung durch niemanden bewirkt werden kann, z. B. wenn ich mir einen Kupferstich habe einrahmen lassen und der Handwerker schneidet ein Stück von dem Bild mit ab und wirft den abgeschnittenen Streifen fort.

ad 2. Die Weigerung muß unzweideutig sein und der Besteller muß von der Weigerung Kenntnis genommen haben. „Die Thatsache der Weigerung genügt"[3]), sagt Planck, fährt aber fort: „Die Weigerung muß dem Besteller gegenüber erklärt sein".[4]) Mir scheint, daß diese beiden Sätze nicht recht zusammen passen, denn die zweite Bemerkung hebt die erste geradezu auf. Oder will Planck sagen, wenn aber eine Erklärung über die Weigerung abgegeben wird, muß sie notwendig dem Besteller gegenüber erklärt sein? Von dem allem steht im Gesetz nichts, vielmehr genügt, daß die Weigerung erfolgt und der Besteller von ihr erfährt oder sie aus irgend welchen Handlungen des Unternehmers folgern kann.[5])

ad 3. Ein besonderes Interesse des Bestellers kann z. B. eine Reise begründen, oder eine besondere Festlichkeit, für die das Werk bestimmt war. Jedoch wird man nicht zu leicht dem Besteller ein besonderes Interesse, welches die Nichtsetzung einer Frist begründet, zugestehen dürfen. Auch bei schleunigen Angelegenheiten läßt sich meist noch eine Frist setzen, um dem Unternehmer die Ausübung seiner Pflicht, die Mängelbeseitigung vorzunehmen, zu belassen.

[1]) Ehrenberg, Kauf und Werkvertrag, in Iher. Jahrb. XXVII. Bd, S. 262, vergl. auch Riezler, Werkvertrag, S. 114.

[2]) Planck, Comment. II, S. 374 und S. 47; Oertmann, Schuldverhältnisse, S. 256; Staudinger, Comment. II, S. 450.

[3]) Planck, Comment II, S. 374.

[4]) So auch Oertmann, Schuldverhältnisse, S. 356; Staudinger, Comm. II, S. 450.

[5]) Riezler, Werkvertrag, S. 115; Cohn, Blätter f. Rechtspflege im Bez. d. Kammergerichts, Nr. 6, S. 43.

In den Fällen, wo eine Fristsetzung nicht nötig ist, braucht auch mit der Geltendmachung des Wandelungs- oder Minderungsanspruchs nicht länger gezögert zu werden.

Dies trifft auch dann zu, wenn sich ein Mangel schon vor Ablieferung des Werkes zeigt. Man wird hier dem Besteller das Wandelungsrecht — und dies kommt dabei allein in Frage — sofort zugestehen dürfen, denn was soll der Besteller noch bis zur Fertigstellung warten, wo er doch zu wandeln gedenkt? Auch kann der Besteller dadurch, daß er sofort zurücktritt, größeren Schaden verhüten, oder auch das Werk durch einen tüchtigeren Unternehmer fertigstellen oder verbessern lassen. Man denke z. B. an einen Bau. Gerade beim Werkvertrag ist dies vorzeitige Rücktrittsrecht von großem praktischen Wert, was auch bei der Frage, wie die Wandelung beim Werkvertrage wirkt, zu betonen sein wird.[1])

b) Um als Voraussetzung der Geltendmachung weiterer Ansprüche des Bestellers gelten zu können, muß die Fristsetzung gewissen Anforderungen genügen: die Frist muß angemessen sein und mit der Erklärung gesetzt werden, daß der Besteller die Beseitigung des Mangels nach Ablauf der Frist ablehne.

Zur „Angemessenheit" der Frist[2]) gehört, daß es „objektiv" und „subjektiv" möglich ist, während ihrer Dauer den Mangel zu beseitigen. Jeder Handwerker, der das fragliche Werk überhaupt zu fertigen vermag, muß, wenn seine Kenntnisse ausreichen, in der gesetzten Frist den Fehler beseitigen können. Aber auch der Unternehmer, mit dem der Besteller kontrahiert hat, muß dazu in dieser Zeit imstande sein. Was soll nun geschehen, wenn die Frist nicht angemessen ist. Einige Schriftsteller vertreten die Meinung, es sei in diesem Falle so anzusehen, als ob überhaupt keine Frist gesetzt sei,[3]) andere glauben, daß durch die Erklärung des Bestellers nur die angemessene Nachfrist in Lauf gesetzt werde.[4]) Beide Ansichten können aber nicht befriedigen. Die erste ist zu radikal und läßt dem böswilligen Schuldner zu viel Spielraum, die andere

[1]) Die in diesen Fällen mögliche sofortige Geltendmachung des Rücktrittsrechtes entspricht der Gestaltung der Wandelung beim Werkvertrage, welche O. Bähr für die geeignetste hielt, als er schrieb: „Mir scheint nicht verständlich, was das Zurücktreten vom Vertrage bedeuten soll. Soll es heißen, der Besteller könne die noch nicht vollendete Arbeit dem Uebernehmer abnehmen, vielleicht auf einen Anderen übertragen, so wäre dagegen wohl nichts zu erinnern". Otto Bähr, Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich, S. 399, zu § 569; Krit. Vierteljahrsschrift, XXX. Bd.

[2]) Planck, Comm. II., S. 374; Staudinger, Comm. II., S. 450; Oertmann, Schuldverhältnisse, S. 14.

[3]) So Oertmann, Schuldverhältnisse, S. 14; Planck, Comm. II., S. 19.

[4]) So Cosack, Bürgerl. Recht, 3. Aufl., I. Bd., S. 353; Fischer-Henle, 4. Aufl., zu § 250, Nr. 1, S. 135; Neumann, Handausgabe, S. 103.

macht überhaupt den Zusatz „angemessen" bei der Frist bedeutungslos. Daher scheint mir die von Staub gegebene Interpretation am meisten für sich zu haben, wonach der Säumige sich auf die Fristsetzung zu äußern hat, ob sie ihm angemessen erscheint oder nicht. Thut er dies nicht, so „muß er sich nach Treu und Glauben gefallen lassen, daß sein Schweigen dahin gedeutet wird, daß er die Meinung des Nichtsäumigen über die Angemessenheit der gesetzten Frist teile, wenn er ihr nicht widerspricht. Es wäre dolos, wollte er, ohne der Dauer der Fristbestimmung zu widersprechen, einfach nach Ablauf der vom Gläubiger gestellten, aber innerhalb einer von ihm für angemessen erachteten Frist die Erfüllung anbieten, oder sich umgekehrt auf den Standpunkt stellen, die gestellte Frist sei zu kurz gewesen."[1]) Ich glaube dem nichts hinzufügen zu müssen.

Das zweite an die Frist zu stellende Erfordernis ist, daß mit ihr die oben erwähnte Erklärung verbunden sein muß. Fehlt die Erklärung, so muß noch einmal eine Frist gesetzt werden.

Die Fristsetzung ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft nach Maßgabe der §§ 130 ff.[2])

II. Dem Wesen der Wandelung, als einer Rückgängigmachung des Vertrages, entsprechen besondere Bestimmungen, welche dem Unternehmer die Rückgewähr der Leistungen sichern sollen. Diese besonderen Bestimmungen sind die §§ 350—353, welche nach § 465 (634 Abs. 4) auf die Wandelung Anwendung finden sollen und zwar „analoge" Anwendung. Da nun die §§ 350—353 sich auf die Schicksale der Sache, welche der Berechtigte empfangen hat, beziehen, soweit sie vor dem erklärten, also noch nicht ausgeübten Rücktritt liegen[3]), so können diese Paragraphen bei der Wandelung auch nur auf die Vorgänge Bezug haben, welche die Sache vor der Erklärung des Wandelungsverlangens betreffen. Daher werden folgende besondere Voraussetzungen für Geltendmachung des Anspruchs auf Wandelung aufzustellen sein.

Dem Wandelungsverlangen ist nicht statt zu geben:

1. Wenn der Besteller eine wesentliche Verschlechterung der empfangenen Sache verschuldet hat[4]).

2. Wenn der Besteller den Untergang der empfangenen Sache verschuldet hat[5]).

---

[1]) Staub, Comm. zum H. G. B., 6. und 7. Aufl., S. 1293 und S. 1294, II. Bd.

[2]) Planck, Comm. II., S. 20; Oertmann, Schuldverhältnisse, S. 356 u. a.

[3]) So auch Planck, Comm. II., S. 130f; Oertmann, Schuldverhältnisse, S. 90f; vergl. besonders Mensing, Bonner Dissertation: Beiträge zur Lehre von Wandelungs- und Minderungsansprüchen des B. G. B., S. 26f.

[4]) § 634, Abs. 4, § 467, § 351.

[5]) § 634, Abs. 4, § 467, § 351.

3. Wenn der Besteller die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe der Sache verschuldet hat[1]).

4. Wenn der Besteller die empfangene Sache durch Verarbeitung oder Umbildung in eine Sache anderer Art umgestaltet hat. Hiervon wird jedoch eine Ausnahme gemacht und die Wandelung nicht ausgeschlossen, wenn der Mangel sich erst bei der Umgestaltung der Sache gezeigt hat (§ 467, Satz 2).[2])

5. Wenn der Besteller den empfangenen Gegenstand veräußert oder mit dem Rechte eines Dritten belastet hat und bei demjenigen, der den Gegenstand infolge der Verfügung erlangt hat, die Sache verschlechtert, untergegangen, wegen anderweitiger verschuldeter Unmöglichkeit nicht mehr herausgegeben werden kann oder in eine Sache anderer Art umgestaltet worden ist, ohne daß die Voraussetzungen des § 467, Satz 2, vorliegen.[3])

In diesen 5 Fällen kann der Besteller nicht wandeln, doch muß seinem Verlangen stattgegeben werden, wenn die empfangene Sache durch Zufall untergegangen ist.[4])

§ 8.

Modificationen und Fortfall der Ansprüche auf Wandelung und Minderung.

Die Bestimmungen über den Werkvertrag enthalten dispositives Recht. Nach dem Prinzip der Vertragsfreiheit können die Parteien die Voraussetzungen der Geltendmachung beliebig verändern, können ganze Fehlergruppen von der Gewährleistung ausschließen, oder überhaupt die Mängelhaftung für ihren Vertrag ablehnen. In diesem Falle können Ansprüche auf Wandelung und Minderung überhaupt nicht geltend gemacht werden. Auch das Recht des Bestellers, die Beseitigung zu verlangen, ebenso die Voraussetzung der Fristsetzung überhaupt, unterliegen der Parteivereinbarung.

Doch legt das Gesetz in § 637 diesen Parteivereinbarungen eine Beschränkung auf:

„Eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung des Unternehmers, einen Mangel des Werkes zu vertreten, erlassen oder beschränkt wird, ist nichtig, wenn der Unternehmer den Mangel arglistig verschweigt."

Die Bestimmung entspricht dem § 476, welcher dasselbe für den Kauf vorschreibt, und dem § 540 für die Miete. Die Auslegung des § 637 gestaltet sich aber nicht so einfach wie bei Miete und Kauf, wenigstens für den reinen Werkvertrag. Man wird hier zwei Punkte in's Auge fassen müssen, ob nämlich die Vereinbarung

[1]) § 634, Abs. 4, § 467, § 351.
[2]) § 634, Abs. 4, § 467, § 352.
[3]) § 634, Abs. 4, § 467, § 353.
[4]) § 634, Abs. 4, § 467, § 350.

zur selben Zeit wie der Abschluß des Werkvertrages oder später, z. B. nach Vollendung des Werkes erfolgt, was beides ja möglich ist.

Findet dieselbe zur Zeit des Abschlusses statt, so ist nicht recht zu verstehen, welche Mängel verschwiegen werden sollen, da ja das Werk noch garnicht existiert. Wenn hier der § 637 überhaupt einen Sinn haben soll, so können nur zwei Mängelgruppen gemeint sein, die arglistig verschwiegen werden können, das sind erstens Mängel an dem vom Besteller gelieferten Stoff und zweitens Mängel in der Person des Unternehmers. Nun sagt der § 645, daß ein Mangel infolge des Stoffes dem Unternehmer nicht zur Last fällt, aber man wird vom Unternehmer vielfach verlangen können, daß er den Stoff prüft und den Besteller auf einen Fehler in demselben aufmerksam macht. Eine allgemeine Prüfungspflicht ist im Gesetz zwar nicht statuiert,[1]) aber man wird abgesehen von einer besonderen vertragsmäßigen Prüfungspflicht in Ansehung der §§ 157 und 242 behaupten können, daß der Unternehmer den Besteller auf bedeutende und leicht erkennbare Mängel des Stoffes, wenn er sie bemerkt, aufmerksam machen muß,[2]) und besonders wenn er ein pactum de non praestandis vitiis mit ihm abschließt. Dasselbe gilt besonders im Falle, daß § 675 auf einen Werkvertrag in Anwendung kommt; hier besteht nach § 666 eine gesetzliche Anzeigepflicht. Versäumt der Unternehmer diese Anzeige, so wird man das pactum nach § 637 für nichtig erklären können.

Der zweite Fall ist der, wenn der Unternehmer bei der Annahme der übertragenen Arbeit weiß oder wissen müßte, daß er das Werk nicht zustande bringen kann, weil er ein Stümper ist. Natürlich darf der Besteller von seiner Unfähigkeit nichts wissen, sonst gilt der Satz: de se ipso queri debet (§ 254). Abgesehen davon wird man auch in dem genannten zweiten Falle eine nach § 637 abgeschlossene Vereinbarung für nichtig erklären müssen. —

Für die Möglichkeit, daß ein Vertrag nach § 637 erst nach dem Abschluß des Werkvertrages, wenn der Unternehmer schon begonnen oder vollendet hat, abgeschlossen wird, kann der § 637 auch bezüglich des Werkes selbst herangezogen werden. Wenn der Unternehmer nach Anweisungen handelt, wodurch das Werk Mängeln ausgesetzt ist, so wird trotz § 645 gerade beim pactum de non praestandis vitiis zu beobachten sein, ob der Unternehmer darauf aufmerksam zu machen verpflichtet war, besonders, wenn der Besteller kein Sachverständiger ist.[3])

II. Abgesehen davon, daß die Ansprüche auf Wandelung und Minderung durch Vertrag modificiert und ausgeschlossen werden können, fällt die Gewährleistung auch für die Mängel aus, welche

[1]) Vergl. Motive II., S. 486, welche die allgemeinen Grundsätze über Auslegung und Erfüllung für genügend halten.

[2]) Vergl. Neumann, Handausgabe I., S. 290 zu § 637.

[3]) cf. Neumann loc cit.

der Besteller bei der Abnahme des Werkes kennt[1]), er müßte sie sich denn vorbehalten haben. Neumann[2]) macht aber mit Recht darauf aufmerksam, daß hier nicht etwa dem Kennen das Kennenmüssen gleichsteht. Die schweigende Hinnahme des fehlerhaften Werkes muß betreffs der erweislich bekannten Fehler als ein Verzicht auf das Rügerecht aus den § 633 und 634 (nicht aber auch auf Schadensersatz bei Verschulden nach § 635) aufgefaßt werden.[3])

III. Eine Einschränkung der Gewährleistungspflicht bietet auch die Bestimmung dar, wonach für den zufälligen Untergang und eine zufällige Verschlechterung des von dem Besteller gelieferten Stoffes der Unternehmer nicht verantwortlich ist.[4]) Entstehen nun durch solche Verschlechterung Mängel, so kann der Besteller die Ansprüche auf Wandelung oder auf Minderung nicht geltend machen; dies folgt aus der Beschränkung seiner Haftpflicht. Auch § 645 wird hier zu berücksichtigen sein, wonach ein Verschulden des Bestellers dem Unternehmer den Anspruch auf Vergütung nicht nimmt. Natürlich kann der Besteller solche Mängel nicht geltend machen, die er selbst verschuldet hat, deshalb fallen für diese seine Gewährleistungsansprüche fort.

IV. Für das Gebiet des Werklieferungsvertrages, für welches nach § 651 die Ansprüche auf Gewährleistung nach dem Werkvertrag normiert sind, will Emerich[5]) diese Ansprüche modificieren, indem er die §§ 460 und 463, welche in § 651 ausgeschlossen sind, analog anwenden will.

Die Anwendung des § 460 begründet er, indem er darauf hinweist, daß bei Bearbeitung einer Sache der Mangel ja auch im Stoffe liegen könne und wenn diesen der Besteller vorher kenne, müsse aus Gründen der Billigkeit der § 460 herangezogen werden.

Ich sehe nicht ein, warum das Gesetz hier korrekturbedürftig sein soll. Wenn der Werkmeister den Stoff bearbeitet und einen Mangel findet, so kann er ja einen anderen Stoff nehmen, daran hindert ihn nichts. Ist er aber durch Anweisungen des Bestellers daran gehindert, so genügt der § 645 vollkommen. Warum aber gar § 463 angewendet werden soll, ist nicht zu verstehen. Das bedeutet eine Verschärfung der Haftung für den Unternehmer, welche nicht zu rechtfertigen ist. Freilich will Emerich vor der nach § 463 eintretenden Schadensersatzpflicht noch die Beseitigung des Mangels gestattet haben, aber dafür findet sich gar kein Anhalt im Gesetz: erst den § 463 anzuwenden und ihn dann nach §§ 633 und 634 abzuändern. De lege ferenda wäre der Vorschlag zu beachten, de lege lata ist er ausgeschlossen. Auch würde durch die Einfügung

[1]) § 640, vergl. auch § 467.
[2]) Neumann, Handausgabe, I. Bd., S. 292.
[3]) Planck, Comm. II., S. 381.
[4]) Emerich, 644, Abt. 1, Satz 2.
[5]) Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag, S. 64.

der genannten Paragraphen die Einheitlichkeit des Vertrages leiden, wie Emerich selbst zugiebt,[1]) wenn man die Mängel, welche schon im Augenblicke des Vertragsschlusses vorhanden sind, wesentlich nach den Kaufnormen, die erst während der Arbeit oder nach derselben entstehenden dagegen nach den Vorschriften des Werkvertrages behandeln wollte".

Eine Modifikation der Ansprüche auf Wandelung und Minderung in dieser Art wird daher abzulehnen sein.

§ 9.

Verjährung der Ansprüche auf Wandelung oder auf Minderung.

I. Das B. G. B. hat für die ädilicischen Klagen beim Werkvertrage auch die entsprechenden kurzen Verjährungsfristen eingeführt, jedoch mit einigen Abweichungen vom römischen Recht wie schon beim Kauf § 477, und mit einer besondern Bestimmung für Bauwerke. Während nämlich actio redhibitoria in 6 Monaten, die actio quanti minoris in 1 Jahr verjährt, wird im B. G. B. der Unterschied für bewegliche und unbewegliche Sachen gemacht, für die beiden verschiedenen Klagen aber aufgegeben. Daher verjähren die Ansprüche auf Wandelung und Minderung in 6 Monaten bei beweglichen Sachen und beim immateriellen opus, bei Arbeiten an einem Grundstück in einem Jahr, bei Bauwerken in fünf Jahren. Man wird sich bei dieser besonders langen Frist für Bauwerke der l. 8 cod. de oper. publ. 8,11 erinnern, welche eine besondere 15jährige Frist aufstellte, binnen der der Baumeister für alle Fehler haftete, außer für die zufälligen; auch der code civil (Art. 1792, 2270), das A. L. R. (I., II., §§ 968, 969) haben besondere Vorschriften über Mängelhaftung bei Bauwerken gekannt. Eine Rechtsvermutung aber gegen den Unternehmer wie im gemeinen Recht ist nicht mit der längeren Verjährungsfrist im B. G. B. verbunden.[2])

Die Fristen unterliegen der Parteivereinbarung, sie können durch Vertrag sowohl verkürzt als verlängert werden, letzteres entgegen der allgemeinen Vorschrift des § 225.[3]) Im Entwurf I., § 571, Abs. 3, fand sich nun die Einschränkung dieser Ausnahme dahin, daß die Frist nur bis zur ordentlichen Verjährungsfrist verlängert werden könne. Diese Einschränkung ist in der heutigen Fassung fortgelassen, woraus manche schließen, daß nunmehr die Frist auch über die 30 Jahre hinaus verlängert werden könne.[4])

Ich glaube nicht, daß die Streichung dieser Einschränkung genügt, Plancks Ansicht zu rechtfertigen. Wo soll diese Verlängerung eine Grenze haben, wenn nicht nach Ablauf der gewöhn-

[1]) Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag, S. 64.
[2]) Vergl. Motive, II. Bd., S. 489.
[3]) Wie § 638 für den Werkvertrag, der § 477 für den Kauf.
[4]) So Planck, Comm. II., S. 378.

lichen Zeit? Auch kann solche Bindung eine schwere wirtschaftliche Fessel werden, welche nicht unbeschränkt den Parteien in die Hand zu geben ist. Daher hat Planck's Auslegung, wie ich glaube mit Recht, heftigen Widerspruch gefunden. So bei Dernburg,[1]) der es „unglaublich" findet, daß sich die Verlängerung auch auf die 30jährige Verjährung beziehen soll.[2])

Die Verlängerung darf also die 30jährige Frist nicht übersteigen Eine solche vertragsmäßige Verlängerung wird häufig durch die Uebernahme der „Garantie" seitens des Werkmeisters herbeigeführt. Solange solche Frist läuft ist auch die Verjährung hinausgeschoben.[3])

Eine Voraussetzung für den Lauf der kurzen Verjährungsfristen ist, daß der Mangel nicht arglistig verschwiegen ist. Ist dies der Fall, so tritt die gewöhnliche 30jährige Verjährungsfrist ein.[4])

II. Besonders geregelt ist in § 478 die Verjährung der Wandelungs- oder Minderungseinrede. Diese kann nämlich auch dann noch erhoben werden, wenn die Verjährung schon vollendet ist, und zwar in zwei Fällen.

1. Hat der Unternehmer einen Mangel arglistig verschwiegen, so kann die Einrede erhoben werden, auch wenn die Verjährungszeit abgelaufen ist.[5])

2. Der Besteller kann die Wandelungs- und Minderungseinrede, wenn der Mangel nicht arglistig verschwiegen ist, nur dann erheben, wenn er vor Vollendung der Verjährung den Mangel dem Unternehmer angezeigt oder die Anzeige an ihn abgesendet hat.

Der Anzeige des Mangels steht gleich, wenn der Besteller vor der Vollendung der Verjährung gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt oder in einem zwischen ihm und einen späteren Erwerber der Sache wegen des Mangels der Sache anhängigen Rechtsstreit dem Verkäufer den Streit verkündet hat.[6])

Man hat die so über die Verjährungsfristen hinaus verlängerten Einreden aus dem Wandelungs- und Minderungsanspruch „perpetuierte Einreden" genannt; sie sind in der That sowohl im Falle 1 wie 2 unverjährbar.[7])

[1]) Dernburg, Bürgerl. Recht, II. Bd., 2. Abt., S. 439.

[2]) Ebenso Oertmann, Schuldverhältnisse, S. 360; Fischer-Henle, Comm., 6. Aufl., Note 7 zu § 477, S. 233; Riezler, Werkvertrag nach B. G. B., S. 128.

[3]) Dernburg, Bürgerl. Recht, II. Bd., 2. Abt., S. 440; Oertmann, Schuldverhältnisse, S. 390; Planck, Comm. II., S. 372 u. a.

[4]) Dernburg, Bürgerliches Recht, II. Bd., 2. Abt., S. 439; Planck, Comm. II., S. 257, Cosack, Bürgerl. Recht, 3. Aufl., 1. Bd., S. 442.

[5]) § 639, § 478, Abs. 2.

[6]) § 639, § 478, Abs. 1.

[7]) Cosack, Bürgerl. Recht, 3. Aufl., I. Bd., S. 441, 442.

III. Der Beginn der Verjährung ist im § 638 an die „Abnahme" geknüpft, doch herrscht Streit darüber, was unter Abnahme zu verstehen ist.

Die überwiegende Meinung geht dahin, daß in der Abnahme mehr als ein blos realer Akt der Entgegennahme zu sehen sei, vielmehr müsse der Begriff gleichzeitig eine Anerkennung des Bestellers, daß das Werk vertragsmäßig hergestellt ist, enthalten.[1])

Auch der Käufer hat „abzunehmen" (§ 433, Abs. 2), doch werden „abnehmen" beim Kauf und „abnehmen" beim Werkvertrag nicht einheitlich aufgefaßt werden können. Der Unterschied zwischen beiden Verträgen in diesem Punkte ist offensichtlich. Denn beim Kauf ist schon bei Abschluß des Vertrages eine Prüfung und Auswahl möglich, beim Werkvertrag ist sie begrifflich ausgeschlossen, da derselbe erst auf Herstellung des gewünschten Werkes geht. Daher muß dem Augenblick, wo der Besteller den Gegenstand des Vertrages zum ersten Male vor Augen bekommt, wie er als Erfüllung dienen soll — und das ist der Augenblick, wo er die Sache entgegennimmt — eine andere Bedeutung zukommen, als dem Moment, wo dem Käufer das gegeben wird, was er längst kennt, weil es zur Zeit des Vertragschlusses schon da war.[2]) Wenn der Moment der Annahme am besten dazu geeignet ist, das Werk als Erfüllung anzunehmen und vielfach mit diesem Akt zusammenfällt, so sind Annahme und Abnahme deshalb doch nicht als gleichbedeutend anzusehen.[3]) Den Gedanken, daß Annahme und Abnahme zwar zeitlich zusammenfallen können, begrifflich aber differieren, will wohl auch Cosack ausdrücken, wenn er meint, daß der Begriff der Abnahme „enger" sei als der der Annahme.[4]) Seine Definition aber, daß Abnahme diejenige Annahme sei, „die den Besteller zur Untersuchung des Werkes in stand setzt", ist nicht beizutreten. Wenn Cosack der von der Mehrheit vertretenen Theorie vorwirft, daß dann der Besteller durch irgend eine Ausstellung an dem Werk den Beginn der Verjährung hindern könne, indem ja die Abnahme noch nicht erfolgt sei, so wird eine Unsicherheit betreffs Beginn der Verjährung gerade nach seiner Definition keineswegs ausgeschlossen, da ein Streit, wann der Besteller zum ersten Male im Stande dazu war, gar nicht zu vermeiden ist. Uebrigens würde, wie Oertmann[5]) bemerkt, irgend eine kleine Ausstellung an dem Werk die Abnahme nicht ausschließen.

[1]) Crome, Partiar. Rechtsgeschäfte, S. 313; Oertmann, Schuldverhältnisse, S. 361; Planck, Comm. II., S. 379; Riezler, Werkvertrag, S. 135; Staudinger, Comm. II., S. 456.

[2]) Vergl. auch Crome, Partiar. Rechtsgesch., S. 312.

[3]) Vergl. aber Schollmeyer, einzelne Schuldverhältnisse, S. 55, der Annahme mit Abnahme indentificiert. Ebenso Neumann, Handausgabe, S. 291.

[4]) Cosack, Bürgerl. Recht, 3. Aufl., II. Bd., S. 534.

[5]) Oertmann, Schuldverhältnisse, S. 361.

Auch Dernburg lehnt den Gedanken, daß die „Abnahme" eine Anerkennung als Erfüllung in sich schließe, ab.[1] Er nennt Cosacks Meinung im Vergleich zu der seinen und der von ihm bekämpften eine „Mittelmeinung", geht aber grundsätzlich von demselben Gedanken wie Cosack aus, in dem nach seiner Auffassung die Abnahme wesentlich einen Wechsel der Gewalt über die Sache ausdrückt, sie bedeutet „die thatsächliche Ueberführung des vollendeten Werkes an den Besteller".[2] Eine Ueberführung hat aber einen Anfang und ein Ende, man wird deshalb wohl den Zeitpunkt, wo das Werk soeben an den Besteller übergeführt worden ist, unter „Ueberführung" verstehen müssen, und was ist das anderes als „Ablieferung"[3]?)

So ausgelegt, entspräche Dernburgs Ansicht genau dem für den Kauf vorgeschriebenen Verjährungsbeginn für bewegliche Sachen (§ 477, Abs. 1), kann aber eben deswegen nicht befriedigen.

Der Hauptvorwurf, den Dernburg der bekämpften Meinung macht, ist, daß es ungerecht sei, „den Unternehmer, welcher vertragsmäßig geleistet hat, in der Zwischenzeit mit der Gefahr des Untergangs zu belasten". Aber man weiß ja eben noch nicht, ob der Unternehmer wirklich vertragsmäßig geleistet hat, und die Gefahr wird man gerechter Weise dem Besteller erst aufbürden, wenn er nicht nur die körperliche Gewalt über die Sache hat, sondern sie auch als Erfüllung ansieht, und als solche angenommen hat. Wenn Dernburg schließlich meint, daß Abnahme „schon nach dem Wortsinne ein thatsächlicher Akt" sei,[4]) so steht dem gegenüber zu bedenken, daß der juristische Begriff „Abnahme" nicht allein aus dem Wort, sondern auch aus dem Zusammenhang, in dem das Wort gebraucht ist, herzuleiten ist, und das Gesetz sagt § 640, Abs. 1: „Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen". Auch muß der Besteller sich die Mängelrüge für ihm bekannte Fehler vorbehalten (§ 640, Abs. 2), wenn er das Werk trotz derselben abnimmt. Diese Bestimmung ist bei Anwendung der Definition Dernburgs und Cosacks gar nicht zu verstehen. Ich glaube daher, daß in der That die „Abnahme" neben dem körperlichen Akt der Annahme auch ein billigendes

[1]) Dernburg, Bürgerl. Recht, II. Bd., Abt. 2, S. 432.

[2]) Dernburg, ebenda.

[3]) Cosack meint, Bürgerliches Recht, 3. Aufl., I. Bd., S. 534: Abnahme und Ablieferung sind korrespondierende Begriffe: „Ablieferung heißt der Vorgang, wenn er vom Standpunkt des Unternehmers, Abnahme, wenn er vom Standtpunkt des Bestellers aus in's Auge gefaßt wird." Titze, Unmöglichkeit der Leistung, S. 300, kommt dieser Auffassung sehr nahe, wenn er sagt: „sie (die Abnahme) entspricht vielmehr der Uebergabe des § 446; beide Ausdrücke bezeichnen denselben äußerlichen Akt, dort von der Seite des Gläubigers, hier von der Seite des Schuldners betrachtet."

[4]) Dernburg, Bürgerl. Recht, II. Bd., 2. Abt., S. 433.

Moment, was auch durch concludente Handlung ausgedrückt werden kann, in sich schließt.[1])

Wenn der Besteller die Abnahme schuldhaft verzögert, so kann der Unternehmer auf Abnahme klagen, denn im Gesetz ist ausdrücklich eine Abnahmepflicht statuiert.[2]) Da aber erst die rechtskräftige Verurteilung die Abnahme des Bestellers ersetzt (C. P. O. § 894), so würde dadurch der Unternehmer unnötig lange hingehalten werden. Daher meint Oertmann, daß der Unternehmer den Besteller in Annahmeverzug setzen könne und dann das Recht der Hinterlegung nach §§ 293 f., § 372 ausüben könne, wobei eine Hinterlegung mit Ausschluß der Rücknahme (§ 378) auch wohl die Verjährung in Gang setze, da eine solche Hinterlegung nach § 378 der Leistung an den Besteller gleich wirke.[3]) Riezler weist mit Recht darauf hin, daß wohl meist der Selbsthilfeverkauf gemäß § 383 in Frage käme.[4]) Man wird dem Unternehmer bei Annahmeverzug unbedenklich die Rechte aus §§ 372 ff. zugestehen.[5]) Der Ansicht Oertmanns aber, daß die Hinterlegung auch gleich der Abnahme die Verjährung in Gang setze, wird nicht beizutreten sein. Denn wenn die Hinterlegung auch gleich der Leistung ist, ist sie doch noch nicht mit der Abnahme zu identificieren, jedenfalls nicht, wenn man unter Abnahnme mit der herrschenden Meinung mehr als bloße Annahme versteht. —

Ist nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen, so ist für den Beginn der Verjährung die Vollendung des Werkes maßgebend.[6]) Dies trifft für das materielle opus zu, wenn die Sache körperlich nicht mehr angenommen werden kann, also während der Bearbeitung „in der physischen Gewalt des Bestellers geblieben ist",[7]) oder nicht angenommen werden soll, also nach der Behandlung nicht mehr „in die physische Gewalt der Bestellers" zurückkehrt, weil sie einem Dritten zu übergeben ist. Endlich trifft

---

[1]) Das körperliche Moment ist notwendig, die Abnahme ist nicht allein Billigung, sonst wäre § 646 überflüssig und der Condicionalsatz im § 640, Abs. 1, unverständlich. Denn mit Recht sagt Dernburg, ebenda, S. 433, Anm. 7: „Wäre Abnahme Billigung des Werkes, so wäre jedes Werk, auch das immaterielle, abnahmefähig". Doch das wird auch nicht behauptet.

[2]) Oertmann, Schuldverhältnisse, S. 361; Planck, Comm. II., S. 380; Staudinger, Comm. II., S. 457.

[3]) Oertmann, Schuldverhältnisse, S. 359.

[4]) Riezler, Werkvertrag, S. 138.

[5]) Man könnte dies vielleicht beim reinen Werkvertrag bezweifeln, weil der Unternehmer eine im Eigentum des Bestellers stehende Sache versteigern lassen kann. Doch auf welche Weise soll der Unternehmer die Sache los werden? Auch dem Frachtführer wird der Selbsthilfeverkauf zugestanden. Vergl. Staub, Comm. VI., 7. Aufl., S. 1531.

[6]) §§ 641, 638.

[7]) Dernburg, Bürgerl. Recht, II. Bd., 2. Abt., S. 433; Planck, Comm. II., S. 380; im wesentlichen auch Oertmann, Schuldverhältnisse, S. 362.

dies auch noch bei der Gruppe der immateriellen Werke zu. Maßgebend bleibt bei der Frage die „Körperlichkeit oder Unkörperlichkeit des zu leistenden Werkes“ [1]), denn zu „Abnahme“ gehört eben begrifflich auch das körperliche Moment.

IV. Die Verjährung der Ansprüche auf Wandelung oder auf Minderung wird unterbrochen durch die gewöhnlichen Unterbrechungsgründe der §§ 208 ff. Ferner aber besonders, wenn der Besteller gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt.[2]) Die Unterbrechung dauert bis zum Ende des Verfahrens fort. Die Vorschriften über Stillstand des Prozesses, Klagerücknahme, Abweisung und neue Klageerhebung finden Anwendung. Die Unterbrechung der Verjährung eines Wandelungs- oder Minderungsanspruchs bewirkt, daß die Verjährung der anderen Wandelungs- und Minderungsansprüche wegen derselben Sache ebenfalls unterbrochen wird.[3])

V. Gehemmt wird die Verjährung der Ansprüche auf Wandelung oder auf Minderung nach den allgemeinen Hemmungsgründen der §§ 202 ff. Ferner auch, wenn der Unternehmer im Einverständnis mit dem Besteller sich der Prüfung oder der Beseitigung des Mangels unterzieht. Dann ist die Verjährung solange gehemmt, bis der Unternehmer das Ergebnis der Prüfung dem Besteller mitteilt oder ihm gegenüber den Mangel für beseitigt erklärt.[4]) Die Hemmung eines Anspruchs auf Wandelung oder Minderung bewirkt, daß auch die andern Ansprüche auf Wandelung oder Minderung an derselben Sache in der Verjährung gehemmt werden.[5])

§ 10.

Das Wahlrecht des Bestellers.

I. Für den Fall, daß die oben entwickelten Voraussetzungen für die Ansprüche auf Wandelung und Minderung eingetroffen sind, und daß dieselben weder verjährt oder durch Parteivereinbarungen ausgeschlossen, beschränkt oder fortgefallen sind, hat der Besteller ein Wahlrecht unter den beiden ihm zustehenden Ansprüchen auf Wandelung und Minderung; er kann sie nicht gleichzeitig geltend machen, sondern „Rückgängigmachung des Vertrags (Wandelung) oder Herabsetzung der Vergütung (Minderung) verlangen.“ (§ 634,

[1]) Riezler, Werkvertrag, S. 137, der aber schließlich dem aufgestellten Grundsatz nicht ganz treu bleibt.

[2]) Dies ist möglich, wenn zu besorgen ist, daß die Beweismittel verloren oder die Benutzung derselben erschwert werden (§ 485, C. P. O.). Außerdem aber, wenn Mängel eines Werkes festzustellen sind, aus denen ein Recht gegen den Gegner hergeleitet werden soll. In gleicher Weise ist der Unternehmer zum Antrage auf Beweisaufnahme berechtigt. (C. P. O., § 488).

[3]) § 639, Abs. 1; § 477, Abs. 2 und 3.

[4]) § 639, Abs. 2.

[5]) § 639, Abs. 2; § 477, Abs. 3.

Abs. 1). Die Ansprüche stehen daher in einem „alternativen" nicht in einem „cumulativen Verhältnis."[1]) Allerdings ist das Schuldverhältnis kein alternatives im Sinne der §§ 262 ff.[2]), denn die Obligation konzentriert sich nicht schon durch die Wahl, vielmehr stehen beide Ansprüche dem Besteller zu, bis der eine durchgedrungen ist, und dies ist der Fall, wenn die Wandelung im Sinne des § 465 vollzogen ist. Erst dann hat der Besteller sein Wahlrecht verloren.[3]) Dieser Spielraum, seinen Entschluß selbst nach erklärter Wahl zu wechseln, ist dem Besteller erst im zweiten Entwurf gewährt worden, der § 384 des ersten Entwurfs ließ die allgemeinen Vorschriften Anwendung finden, wonach die vollzogene Wahl unwiderruflich war. —

Wir sahen schon, daß der Besteller die Möglichkeit hat, die Wandelung oder Minderung auch wider den Willen des Unternehmers zu vollziehen, indem das Einverständnis desselben durch rechtskräftiges Urteil ersetzt werden kann. (C. P. O. § 894.) Dann gilt die Erklärung erst mit der Rechtskraft des Urtheils als abgegeben und bis dahin kann der Besteller seine Wahl ändern.[4]) Dem Entschlußwechsel wird aber meist der Umstand entgegenstehen, daß prozessualisch eine Klageänderung durch die Aenderung des Antrags gegeben sein dürfte, wenngleich der Klagegrund, welcher in der mangelhaften Herstellung liegt, derselbe ist.[5]) Daher wird der Entschlußwechsel nur dann durchführbar sein, wenn der Beklagte einwilligt oder wenn nach dem Ermessen des Gerichts durch die Aenderung die Vertheidigung des Beklagten nicht wesentlich erschwert wird (§ 264 C. P. O.), und schließlich, wenn nach § 268 Nr. 3 wegen einer später eingetretenen Veränderung die Aenderung des Antrags nicht als Klageänderung aufzufassen ist, z. B. „der Uebergang von der Wandelungsklage zur Minderungsklage wegen Untergangs" der Sache.[6]) Außerdem weist Oertmann darauf hin, daß der Beklagte „nach dem Beginn der ersten mündlichen Verhandlung einer Zurücknahme der Klage widersprechen und damit indirekt" den Besteller „bei dem zuerst Begehrten festhalten kann". (C. P. O. § 271.)[7]) Wir finden also das Wahlrecht des Bestellers nach

---

[1]) Oertmann, Schuldverhältnisse, S. 190.

[2]) Planck, Comm. II., S. 250.

[3]) Oertmann, ebenda; Planck, ebenda; Neumann, Handausgabe I., S. 224; Dernburg, Bürgerl. Recht, II. Bd., 2. Abt., S. 57.

[4]) Oertmann, Schuldverhältnisse, S. 190; Planck, Comm. II., S. 250; Staudinger, Comm. II., S. 212; Riezler, Werkvertrag, S. 117.

[5]) Gaupp-Stein, C. P. O. für das Deutsche Reich, 6. Aufl., I. Bd., S. 581; Sydow-Busch, C. P. O., 8. Aufl., S. 165.

[6]) Gaupp-Stein, C. P. O., 6. Aufl., I. Bd., S. 583; Sydow-Busch, C. P. O., 8. Aufl., S. 165; Planck, Comm. II., S. 250; Neumann, Handausgabe I., S. 224.

[7]) Oertmann, Schuldverhältnisse, S. 191.

der Klageerhebung zwar nicht aus Gründen des materiellen Rechts oder der Konstruktion der Ansprüche auf Wandelung und Minderung jedoch durch processuale Schranken stark begrenzt.

Nicht beizutreten dürfte der von Cosack und Eccius vertretenen Meinung sein, wonach auch das rechtskräftige Urteil das Wahlrecht des Bestellers nicht erlöschen läßt.[1]) Die Konstruktion der Gewährleistungsansprüche wie sie aus dem Gesetz hervorgeht, führt notwendig dazu, dem rechtskräftigen Urteil die Bedeutung beizulegen, daß es das Wahlrecht konsumiert.

II. Das Wahlrecht des Bestellers unterliegt, abgesehen von den oben genannten prozessualen Schwierigkeiten, noch drei weiteren Einschränkungen:

1. Eine Konsequenz der auf Vertragsgedanken beruhenden Konstruktion der Ansprüche auf Wandelung und Minderung ist die, daß das nach § 465 dem Unternehmer gegenüber erklärte Verlangen auf Wandelung oder auf Minderung eine Offerte ist im Sinne der §§ 145 ff., an die der Erklärende gebunden ist. Hiergegen wendet sich Dernburg[2]), der im übrigen der Vertragstheorie bei der Konstruktion der Ansprüche auf Wandelung und Minderung folgt, indem er ausführt, daß durch Annahme dieser Konsequenz dem Berechtigten „das Recht des Entschlußwechsels wieder in erheblichem Maße genommen sei". Diesem Bedenken steht entgegen, daß solche Einschränkung des Vertragsgedankens dem Besteller in willkürlichster Weise gestatten würde, einmal Wandelung und dann wieder Minderung zu verlangen, ohne sich um den Unternehmer kümmern zu brauchen, der vielleicht das Schreiben, worin er sein Einverständnis erklärt, schon abgesandt hat. Eine solche Freiheit des Bestellers seinen Entschluß zu wechseln widerspricht dem Grundsatz von Treu und Glauben im Verkehr.

Der Besteller ist an seinen Antrag gebunden und kann erst die Wahl ändern, wenn seine Offerte nicht rechtzeitig angenommen wird. Allerdings kann er die Gebundenheit nach § 145 ausschließen, dann fällt diese Beschränkung seiner Wahl fort.[3])

2. Bei unerheblichen Mängeln kann der Besteller überhaupt nicht wandeln, hat also kein Wahlrecht und kann nur eine Erklärung

[1]) Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerl. Rechts, 3. Aufl., I. Bd., S. 437; Eccius bei Gruchot, XLIII. Bd., S. 331. Gegen die Behauptung Cosacks (loc. citat.), der Besteller könne beide Ansprüche „alternativ einklagen", bemerkt Dernburg treffend, daß dann ein bestimmter Antrag ermangelte. Dernburg, Bürgerl. Recht, II. Bd., 2. Abt., S. 57, Anm. 9.

[2]) Dernburg, Bürgerl. Recht, II. Bd., 2. Abt., S. 59.

[3]) So Planck, Comm. II., S. 250; Oertmann, Schuldverhältnisse, S. 191; Fischer-Henle, Comm., 6. Aufl., zu §§ 465 und 228; Neumann, Handausgabe I., S. 223; Endemann, Bürgerl. Recht, 7. Aufl., I. Bd., S. 721, Anm. 13; Titze, Unmöglichkeit der Leistung, S. 282.

des Inhalts abgeben, daß er mindern wolle: „Die Wandelung ist ausgeschlossen, wenn der Mangel den Wert oder die Tauglichkeit des Werkes nur unerheblich mindert." (§ 634, Abs. 3). Natürlich fällt das Wahlrecht nicht fort, wenn z. B. der Wert erheblich, die Tauglichkeit aber nur unerheblich gemindert ist und umgekehrt. Sind beide, Wert und Tauglichkeit gemindert, so braucht bei beiden der Mangel nur eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit verursachen.[1])

3. Eine wichtige Einschränkung des Wahlrechts, welche der Unternehmer herbeizuführen berechtigt ist, enthält der analog anzuwendende § 466: „Behauptet der Besteller dem Unternehmer gegenüber einen Mangel der Sache, so kann der Unternehmer ihn unter dem Erbieten zur Wandelung und unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordern, ob er Wandelung verlange. Die Wandelung kann in diesem Falle nur bis zum Ablaufe der Frist verlangt werden." Die Bestimmung bildet ein Schutzrecht des Unternehmers gegen den Besteller, welcher bei seinem Wahlrecht die Möglichkeit hat „die Entscheidung hinauszuziehen und je nach der Konjunktur zu wählen und zu wechseln, also auf Kosten des Verkäufers zu spekulieren."[2]) Planck nennt die zu setzende Frist treffend „eine Ausschlußfrist an Stelle der kurzen Verjährungsfristen, die vom Verkäufer zu bestimmen ist."[3]) Sie hat den Vorzug, daß sie erheblich kürzer sein kann als die Verjährungsfrist, also den Unternehmer weit schneller in den Stand setzt, seine Dispositionen zu treffen, um den Schaden der Wandelung möglichst abzuwenden. Von den beiden Ansprüchen auf Wandelung und auf Minderung bleibt dem Besteller nach Ablauf der Frist nur noch der Anspruch auf Minderung. Der Anspruch auf Wandelung aber ist verloren.[4])

§ 11.

Die Rechte und Pflichten aus der Wandelung.

Ist der Wandelungsvertrag geschlossen, so sind für seinen Inhalt die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346—348 und 354 maßgebend.[5]) In § 346 finden

[1]) Planck, Comm. II., S. 374; Neumann, Handausgabe, 2. Aufl., I. Bd., S. 288.

[2]) Dernburg, Bürgerl. Recht II., 2. Abt., S. 59.

[3]) Planck, Comm. II., S. 251.

[4]) Planck, Comm. II., S. 251; Dernburg, Bürgerl. Recht, II. Bd., 2. Abt., S. 59; Oertmann, Schuldverhältnisse, S. 191; Riezler, Werkvertrag, S. 118; A. M. Schollmeyer, einzelne Schuldverhältnisse, S. 17.

[5]) § 634, Abs. 4, verweist auf § 467; dieser Paragraph nennt die §§ 346—348. Die ebenda genannten §§ 350—353 und 356 sind in anderem Zusammenhang besprochen. Vergl. S. 33, II und S. 25 Note 1 und 2.

wir das Prinzip der Wandelung ausgesprochen: Die Parteien haben sich die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Es ist notwendig derselbe Gedanke, den Ulpian in l. 23, § D. de aedil. edicto XXI, 1, treffend charakterisiert: „ut uterque resoluta emptione nihil amplius consequatur, quam non haberet, si venditio facta non esset". Es wird zu untersuchen sein, ob dieser einfache Grundgedanke in gleicher Weise wie beim Kaufe auch auf das ganze Gebiet des Werkvertrags Anwendung finden kann.

Da das B. G. B. sowohl für das materielle wie für das immaterielle opus die Ansprüche auf Wandelung zuläßt, so ist ihre Anwendbarkeit für beide Gebiete zu prüfen.

I. Bezüglich des materiellen opus muß, da der Werkvertrag des B. G. B. einerseits die gemeinrechtliche locatio conductio operis andererseits den Werklieferungsvertrag umfaßt eine entsprechende Trennung schon deswegen eintreten, weil dieser begrifflich ein Veräußerungsgeschäft in sich birgt, bei jenem aber die Eigentumsverhältnisse bezüglich des Werkes unberührt bleiben.

A) Beim reinen Werkvertrag (der locatio conductio operis) erhält der Besteller, wenn ihm die Sache übergeben wird, nicht einen ihm fremden noch nicht gehörenden Gegenstand zum Eigentum übertragen wie beim Kauf der Käufer, sondern der Unternehmer giebt ihm die Sache zurück, an der er dinglich keine Rechte erworben hat, die er nur vom Besteller erhielt, um einen Erfolg, zu dem er sich obligatorisch verpflichtet hatte, an oder mit dem Gegenstand oder Material herbeizuführen. Daraus folgt, daß Wandelung, d. h. die empfangenen Leistungen zurückgewähren, beim reinen Werkvertrag nicht heißen kann, der Besteller müsse das fehlerhafte opus an den Unternehmer zurückgeben, denn diesem hat die Sache, woran sich seine Thätigkeit verwirklicht hat, nie gehört.

Auf diese Schwierigkeit wurde schon beim ersten Entwurf aufmerksam gemacht. So schrieb Bernhöft: „Hat der Uebernehmer den Stoff geliefert, so sind die aedilicischen Rechtsmittel durchaus anwendbar, nicht aber, wenn der Besteller den Stoff geliefert hat. Wie soll sich in letzterem Falle die actio redhibitoria gestalten?"[1]) Otto Bähr bemerkte zu § 569: „Nach Abs. 2 soll der Besteller wegen eines nicht zu beseitigenden Mangels des Werkes die Wahl haben, von dem Vertrage zurückzutreten oder die Minderung der Gegenleistung zu verlangen. Mir scheint nicht verständlich, was das Zurücktreten vom Vertrag bedeuten soll?"[2]) Ebenso äußerte Ehrenberg seine Bedenken und wollte das Rücktrittsrecht bei

[1]) Bernhöft, Kauf, Miete und verwandte Verträge in dem Entwurfe eines B. G. B. für das Deutsche Reich, S. 68.

[2]) O. Bähr, Kritische Vierteljahrsschrift, XXX. Bd., Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich, S. 399.

Bauverträgen jedenfalls „als undurchführbar" gänzlich ausschließen.[1]) Der Einwurf, daß ja im Preuß. L. R. Wandelung und Minderung für die Werkverdingung anerkannt waren, ist mit dem Hinweis auf die oben auseinandergesetzte vom gemeinen Recht verschiedene Abgrenzung des Werkvertrages, sowie vor allem auf die Thatsache zu erledigen, daß gerade für das Gebiet der röm. loc. cond. operis die Wandelung im Preuß. R. Einschränkungen erlitt.[2]) Für die Fälle der Wandelung bei verdungenen Bauten herrschte Streit, doch neigte man dazu, dieselbe zuzulassen.[3])

Das B. G. B. läßt keinen Zweifel, daß die Wandelung auf das ganze Gebiet der römischen loc. cond. operis ausnahmslos anzuwenden ist. Man wird auch die „entsprechende Anwendung" nach § 634, Abs. 4, nicht darin sehen dürfen, eine Einschränkung des Wandelungsanspruches entsprechend der im Preußischen Recht geübten vorzunehmen. Daran ist nicht ernstlich zu denken. Die Lösung der Frage, wie denn die Wandelung durchzuführen sei, wo eine Rückgabe der mangelhaften Sache nicht möglich ist, wird im Satz 2 des § 346 zu suchen sein, welcher im ersten Entwurf nicht stand, so daß mit Recht jene Frage nach der Möglichkeit der Durchführung gestellt werden konnte. Die Bestimmung sagt: „Für geleistete Dienste, sowie für die Ueberlassung der Benutzung einer Sache ist der Wert zu vergüten." Man hat also, da man die mangelhafte Sache trotz Wandelung behalten muß, den Wert abzuschätzen und zu vergüten, welchen die Dienste des Unternehmers und seine Leistungen an der Sache besitzen. Der Begriff „Wert" könnte vielleicht zu Bedenken Anlaß geben. Gemeint sein kann nur der objektive Wert der Dienstleistungen, wie er nach Grundsätzen des Verkehrs und der Wirtschaftlichkeit abzuschätzen ist. Man wird hier umsoweniger subjektiven Erwägungen Raum geben dürfen, als der Besteller naturgemäß geneigt sein wird, die Dienste niedrig zu schätzen. Aber was für den Besteller wertlos ist, kann doch noch einen Wert im Verkehr darstellen. Ist die Arbeit garnichts wert, so fällt natürlich der Anspruch des Unternehmers auf Vergütung fort, und er muß bereits erhaltene Zahlungen ohne Abzug herausgeben. Außerdem fallen dem Unternehmer noch regelmäßig zur Last: Die Zinsen von der empfangenen Vergütung vom Tage des Empfanges an[4]), sowie die etwa entstandenen Kosten des Vertrages.[5])

[1]) Ehrenberg, Kauf- und Werkvertrag, Iherings Jahrbücher, XXVII. Bd., S. 266.

[2]) Rocholl, Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts, II. Bd., S. 55.

[3]) Rocholl, a. a. O., S. 54. Ein Beispiel, wo Wandelung zugelassen wurde bei einem verdungenen Bau, findet sich bei Bolze, VII. Bd., S. 198, Nr. 537.

[4]) § 634 Abs. 4, § 467, § 347 Satz 3.

[5]) § 634 Abs. 4, § 467.

Haben sich die Parteien nach dem Inhalt der Wandelung Gegenstände herauszugeben, so bestimmt sich der Anspruch auf Schadensersatz wegen Verschlechterung, Untergang oder einer aus einem anderen Grunde eintretenden Unmöglichkeit danach, ob bei einem dieser Ereignisse ein Verschulden mitgewirkt hat, denn nach § 347[1]) sollen hier die Vorschriften maßgebend sein, welche für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruches an gelten.

In § 347 heißt es in Satz 2 weiter: „Das Gleiche gilt von dem Anspruch auf Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen und von dem Anspruch auf Ersatz von Verwendungen."

Diese vom Gesetz gezogene Analogie ist für den reinen Werkvertrag von größter Wichtigkeit, da hierin die Lösung der Frage liegt, was denn bei der Wandelung mit den Zuthaten geschehen soll, die wesentliche Bestandteile[2]) der bearbeiteten Sache geworden sind und ins Eigentum des Bestellers übergegangen sind.[3]) Dernburg meint, daß „der Wert nach § 346 dem Unternehmer zu vergüten" sei.[4]) Ich kann mich aber dieser Interpretation des § 346 nicht anschließen, denn derselbe spricht nur von geleisteten Diensten und der Ueberlassung der Benutzung einer Sache, hier handelt es sich aber nicht um die Benutzung einer Sache, sondern um das Eigentum an derselben.

Es dürfte auch verfehlt sein, ohne weiteres den § 951 anzuwenden[5]) wonach für einen Rechtsverlust aus § 947 Vergütung in Geld nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung gefordert werden kann.[6])

Vielmehr muß auf Grund der in § 347, Satz 2 vorgeschriebenen Analogie der § 997 Anwendung finden, der für den reinen Werkvertrag lauten muß: „Hat der Unternehmer mit der Sache eine andere Sache als wesentlichen Bestandteil verbunden, so kann er sie abtrennen und sich aneignen." Dieses jus tollendi des Unternehmers wird im einzelnen geregelt nach § 258. Danach muß der Unternehmer, wenn die Sache noch in seinem Besitz ist, im Falle der Wegnahme die Sache auf seine Kosten in den vorigen Stand setzen. Hat der Besteller den Besitz, so muß er die Wegnahme dulden, kann aber vorher Sicherheit für den mit derselben verbundenen Schaden fordern, bezw. für die Herstellung der Sache in den vorigen Stand.[7])

[1]) § 634, Abs. 4 verweist auf § 467, dieser auf § 346 f.

[2]) Daß der Unternehmer Sachen, die nicht wesentliche Bestandteile geworden sind, vindicieren kann, ist selbstverständlich. Vergl. Oertmann, Schuldverhältnisse, S. 357.

[3]) § 947, Abs. 2.

[4]) Dernburg, Bürgerl. Recht, II. Bd., 2. Abt., S. 438.

[5]) So aber Oertmann, Schuldverhältnisse, S. 357.

[6]) Erst subsidiär ist auch § 951 gegeben.

[7]) Planck, Comm. II., S. 30.

Das jus tollendi ist aber unter zwei Voraussetzungen[1]) ausgeschlossen (§ 997, Abs. 2):

a) wenn die Abtrennung für den Unternehmer keinen Nutzen hat (z. B. darf der Schneider nicht den Zwirn zurückfordern, weil er für ihn doch keinen Nutzen mehr hat);

b) wenn dem Unternehmer mindestens der Wert ersetzt wird, den der Bestandteil nach der Abtrennung für ihn haben würde. —

Neben dem § 997 sind die übrigen nach § 347 „entsprechend" anzuwendenden Bestimmungen von geringem praktischen Wert. Es seien nur die wichtigeren hervorgehoben. Die Rolle des Besitzers vertritt sinngemäß der Unternehmer, die des Eigentümers der Besteller, die Worte „nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit" müssen nach § 347 durch die Worte „von dem Empfange der Leistung an" ersetzt werden. Demnach muß der § 987 für den reinen Werkvertrag den Inhalt haben: Der Unternehmer muß alle Nutzungen (nämlich die vom Empfange der Sache an gezogenen) herausgeben, schuldhaft nicht gezogene ersetzen. Die Bestimmung könnte z. B. in dem Falle praktisch werden, daß ich einem Gärtner aufgebe, meinen Park in bestimmter Weise zu lichten, wofür er außer der Vergütung die Früchte der Obstbäume des Parkes während der Arbeitszeit ziehen soll.

Von größerer Bedeutung als der immerhin seltenere Fall des § 987 ist der § 994, Abs. 2: Der Unternehmer kann für die auf die Sache gemachten notwendigen Verwendungen von dem Besteller Ersatz nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag verlangen.[2])

Die Bestimmung wird z. B. immer dann Anwendung finden, wenn die Sache vor Verderben nur dadurch geschützt werden kann, daß der Unternehmer außerhalb des Vertrages und seiner Verpflichtung liegende Vorkehrungen trifft, für die er anders keinen Ersatz erhalten würde.

Fassen wir den Inhalt des Wandelungsvertrages auf dem Gebiete der gemeinrechtlichen locatio conductio operis (beim materiellen opus) kurz zusammen, so gewinnen wir folgendes Bild:

1. Der Unternehmer muß:
   a) die empfangene Vergütung zurückgewähren;
   b) alle Nutzungen herausgeben.

---

[1]) Die in § 997, Abs. 2, zuerst genannte Voraussetzung kann beim Werkvertrag nicht angewendet werden, weil § 994, Abs. 1 nicht anwendbar ist. Vergl. unten Anm. 2.

[2]) Abs. 1 von § 994 kommt deshalb überhaupt nicht in Frage, weil er von der Ersatzpflicht *vor* der Rechtshängigkeit spricht, während nach § 347 nur die Bestimmungen Anwendung finden sollen, welche für das Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer *nach* Eintritt der Rechtskraft gelten. Aus demselben Grunde findet auch § 996 keine Anwendung.

2. Der Besteller muß:
   a) den Wert der geleisteteten Dienste vergüten;
   b) Sachen, die nicht wesentliche Bestandteile wurden, zurückgeben;
   c) bei Sachen, welche wesentliche Bestandteile geworden sind, dem Unternehmer das jus tollendi gewähren;
   d) dem Unternehmer notwendige Verwendungen gemäß §§ 677 ff. ersetzen.[1])

Es mag befremden, das Wesen der Wandelung in dieser Art verzerrt zu sehen, doch wird sich schwerlich ein anderer Ausweg finden lassen, wenn man nicht die Wandelung beim reinen Werkvertrag für gänzlich unmöglich und unanwendbar erklären will.

Der Gedankengang, den wir bezüglich der Vergütung geleisteter Dienste (§ 346, Satz 2) ganz im Anschluß an die Bestimmungen des B. G. B. unternommen haben, ist übrigens keineswegs neu, sondern derselbe wie der, welcher auf dem Gebiet der römischen Innominatrealkontrakte bei der condictio ex poenitentia einzuschlagen war, wenn die zurückgeforderte Leistung in einem facere bestand. Man behauptete nämlich mit Unrecht, daß dann, „wenn die Leistung nicht in einem dare sondern in einem facere bestanden habe . . . das Reuerecht ausgeschlossen bleiben müsse. Den Grund davon bildete die Annahme, ein facere sei notwendig irrevocabel und lasse sich eben nicht ungeschehen machen.[2])" Diese jetzt aufgegebene Ansicht vertrat u. a. Vangerow[3]). Man führte gegen sie mit Recht jenes von Ulpian[4]) zitierte Wort des Celsus an: „(sed hae) operae recipiunt aestimationem" und gestand auch dann die condictio zu, wenn sie auf eine facere ging.[5]) Gegenstand der condictio konnte hier nur der Wert der geleisteten Dienste sein, ebenso, wie bei der Wandelung, soweit sie den reinen Werkvertrag betrifft auch nur der Wert der geleisteten Dienste vergütet werden kann, weil eine Naturalrestitution nicht möglich ist.

Allerdings läuft eine solche Wandelung für den Besteller praktisch auf eine Minderung heraus, sofern nur die geleisteten Dienste einen Wert haben. Sind sie gänzlich wertlos, so bekommt der Unternehmer überhaupt keine Vergütung. In diesem Falle kommt für den Besteller die Wandelung auch praktisch zu dem Resultat,

---

[1]) Andernfalls muß er ihm den Wert der Sache ersetzen und zwar, wenn die Abtrennung für den Unternehmer keinen Nutzen hat nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung (§ 997, Abs. 2, § 951), sonst mindestens den Wert, den der Bestandteil nach der Abtrennung für den Unternehmer haben würde (§ 997, Abs. 2).

[2]) Wendt, Die condictio ex poenitentia.

[3]) Vangerow, Pand., 7. Aufl., III. Bd., S. 239.

[4]) l. 26, § 12. Die de cond. indeb., XII, 6.

[5]) Wendt, Die condictio ex poenitentia, S. 95.

welches die Wandelung beim Kaufe zeitigt. — Muß der Besteller eine Vergütung zahlen, so ist solche Wandelung doch nicht identisch mit einer Minderung, wie Hachenburg[1]) treffend bemerkt. Denn bei der Minderung werden die Werte der mangelhaften und mangelfreien Sache unter Zugrundelegung der Abschlußzeit des Vertrages verglichen, bei der Wandelung findet eine proportionale Berechnung überhaupt nicht statt. Die Dienste werden abgeschätzt nach dem Werte, den sie zur Zeit der Wandelung hatten, und vergütet.

Ein weiterer praktischer Unterschied von der Minderung, auf den ich schon oben aufmerksam machte, ist der, daß bei der Wandelung für den Fall, daß eine Fristsetzung ausfällt, sofort vom Vertrage zurückgetreten werden kann und daß dann für geleistete Dienste nur sehr wenig vergütet zu werden braucht. Bei der Minderung dagegen kann immer nur Herabsetzung in dem Verhältnis verlangt werden, als zur Zeit des Vertragsschlusses die mangelfreie Sache zur mangelhaften gestanden haben würde. Auch dieser Unterschied wird sich daher bei der Durchführung von Wandelung oder Minderung bemerkbar machen.

Wie sich die Wandelung beim Werkvertrage praktisch im Verkehr gestalten wird, ist noch kaum zu beurteilen. Hachenburg meint hinsichtlich dieser Frage: „Im Leben wird sich dies so abspielen, daß er (der Besteller) dem Unternehmer einen Abzug macht. Er wird dann im Prozesse versuchen, ihn auf die eine oder andere Art zu rechtfertigen. Ob es für den Werkvertrag dieser beiden Rechtsmöglichkeiten gesetzgeberisch bedurfte, mag man daher bezweifeln. Sie werden meist nur dazu dienen, daß sich der Besteller den ihm günstigsten Modus herausrechnet.“ [2])

B) Beim Werklieferungsvertrag gestaltet sich der Inhalt des Wandelungsvertrages genau wie beim Kauf aus den oben schon angeführten Gründen. Die beim Werklieferungsvertrage geleistete Arbeit fällt unter die ausbedungene Vergütung, so daß dieselbe bei Rückgewähr der Leistungen nicht besonders berücksichtigt zu werden braucht.

Wir können uns daher darauf beschränken kurz anzudeuten, welche Rechte und Pflichten aus der Wandelung beim Werklieferungsvertrag sich ergeben.

1. Die Parteien haben sich die empfangenen Leistungen zurückzugewähren.[3]) Der Besteller giebt das Werk, der Unternehmer die empfangene Vergütung zurück, die er von der Zeit des Empfangs an zu verzinsen hat.[4]) Auch hat der Unternehmer dem Besteller

[1]) Hachenburg, Dienst- und Werkvertrag, S. 73.
[2]) Hachenburg, Dienst- und Werkvertrag, S. 74.
[3]) § 634 Abs. 4, § 467, § 346.
[4]) § 634 Abs. 4, § 467, § 347 Satz 2.

die entstandenen Vertragskosten zu ersetzen.[1]) Der Anspruch auf Schadenersatz wegen Verschlechterung, Untergangs oder aus einem andern Grunde eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe bestimmt sich danach, ob den Verpflichteten Verschulden trifft.[2])

2. Die Bestimmungen der §§ 987 ff., über den Anspruch auf Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen und auf Ersatz von Verwendungen, welche nach § 347 analoge Anwendung finden sollen, wirken naturgemäß beim Werklieferungsvertrag in ganz anderer Weise als beim reinen Werkvertrag. Denn in den anzuwendenden Paragraphen ist hier für „Eigentümer" zu setzen: „Unternehmer", denn er ist Eigentümer des ganzen Werkes bis zur Uebergabe gewesen, für „Besitzer" ist zu setzen: „Besteller", denn er ist erst durch die Uebergabe Eigentümer geworden.

Die einzelnen Vorschriften sind folgende:

a) Der Besteller muß alle Nutzungen vom Empfange des Werkes an herausgeben, schuldhaft nicht gezogene ersetzen.

Diese Bestimmung ist von großem praktischen Wert. So muß z. B. der Besteller, welcher nach 3 Monaten über eine Maschine einen Wandelungsvertrag abschließt, alle Nutzungen, die er mit der Maschine während dreier Monate erzielt hat, herausgeben, bezw. sich vom Unternehmer die Aufrechnung gegen die zurückzugebende Vergütung bis zur Höhe der Nutzungen gefallen lassen, sogar dann, wenn der Besteller z. B. die Maschine aus dem Grunde nicht arbeiten ließ, weil er die Aufrechnung verhindern wollte.

Dies Resultat entspricht vollkommen der Billigkeit, denn auch der Unternehmer muß ja die Vergütung verzinsen, warum sollte nun sein in dem Werke ruhendes Kapital nicht auch Früchte tragen?

b) Für notwendige Verwendungen des Bestellers auf das Werk hat der Unternehmer Ersatz zu leisten nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag.[3])

Die praktische Bedeutung dieser Bestimmung bedarf keiner Erläuterung.

c) Die geringste Wichtigkeit für den Werklieferungsvertrag ist dem § 997 beizumessen, welcher gerade beim reinen Werkvertrag so wertvoll ist.

Nach § 997 hat der Besteller ein jus tollendi, das dem § 258 entspricht und unter zwei Voraussetzungen wegfällt:

α) Wenn die Abtrennung für den Besteller keinen Wert hat,

[1]) § 634, Abs. 4; § 467. Der Besteller kann aber nicht Ersatz des durch die Sache verursachten Schadens fordern, wie dies nach dem gemeinen Recht für den Käufer anerkannt war. Vergl. Planck, Comment. II., S. 252; Oertmann, Schuldverhältnisse, S. 193; Windscheid-Kipp, Pandecten, 8. Aufl., II. Bd., S. 645, Anm. 3.

[2]) § 634 Abs. 4, § 467, § 347, § 989.

[3]) § 994, Abs. 2. Die Nichtanwendbarkeit von Abs. 1 ist oben (S. 49, Anm. 2) auseinandergesetzt.

β) wenn dem Besteller mindestens der Wert ersetzt wird, den der Bestandteil nach der Abtrennung für ihn haben würde.

Die Wandelung stößt beim Werklieferungsvertrag auf keinerlei ernste Schwierigkeiten. Wir sahen schon gelegentlich der Abgrenzung zwischen locatio conductio operis und Werkvertrag, daß nach römischem Recht das aedilicische Edict auf den Werklieferungsvertrag Anwendung fand. Wohl findet hier ein facere statt, aber nicht nur ein facere, sondern auch ein dare, und dies ist entscheidend für die Wandelung und die Möglichkeit überhaupt, die Normen des Kaufes anzuwenden. Dem feinen Takt der römischen Juristen konnte dies nicht entgehen. —

Gemeinsam für den reinen Werkvertrag und den Werklieferungsvertrag ist schließlich noch Folgendes:

Die Parteien haben ihre aus dem Wandelungsvertrage sich ergebenden Verpflichtungen Zug um Zug zu erfüllen.[1])

Im Falle, daß der Besteller mit der Rückgewähr der empfangenen Sache oder eines erheblichen Teiles des Gegenstandes in Verzug kommt, kann ihm der andere Teil eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Die Wandelung wird unwirksam, wenn nicht die Rückgewähr vor dem Ablaufe der Frist erfolgt. Der zwischen Unternehmer und Besteller geschlossene Wandelungsvertrag löst sich auf, daher erlöschen alle Rechte und Pflichten aus demselben.[2]) Man hat nun die Frage aufgeworfen, ob im Falle des Unwirksamwerdens der Wandelung noch Minderung verlangt werden könne? Wenn man sagt „die Wandelung wird unwirksam", so kann das nur heißen, die Lage solle so angesehen werden, als ob ein Wandelungsvertrag nie geschlossen worden wäre. Da aber nur durch einen wirklich abgeschlossenen Wandelungsvertrag das ius variandi des Bestellers wegfällt und die Obligation sich auf die Wandelung koncentriert, so kann im Falle des § 354 nicht die Rede davon sein, daß keine Minderung mehr verlangt werden könne. Denn der ganze vorher abgeschlossene Wandelungsvertrag ist getilgt, und es ist nicht einzusehen, warum man von ihm die seitens des Bestellers gemachte Offerte zur Wandelung und Einwilligung des Unternehmers nach § 465 übrig lassen will. Nur wenn man dies thut, kann man die Minderung ausschließen.

Die aufgeworfene Frage ist daher zu bejahen, Minderung ist wieder zulässig.[3])

---

[1]) § 348. Dabei finden die Vorschriften über die exceptio non adimpleti (§§ 320, 322) Anwendung.

[2]) § 354.

[3]) So Planck, Comm. II., S. 252 und 253; Staudinger, Comm. II., S. 215; Oertmann, Schuldverhältnisse, S. 193. Anderer Meinung namentlich Dernburg, Bürgerl. Recht, II. Bd., 2. Abt., S. 63, aus Billigkeitsrücksichten; jetzt auch Cosack, Bürgerl. Recht, 3. Aufl., I. Bd., S. 430.

Wo der Erfüllungsort für die Ansprüche aus der Wandelung liegt, wird in Ermangelung spezieller gesetzlicher Bestimmungen nach allgemeinen Grundsätzen zu bestimmen sein.[1]) Der Unternehmer hat also dem Besteller auf seine Gefahr und Kosten die Vergütung an dessen Wohnsitz oder gewerbliche Niederlassung zu übersenden (§ 279), der Besteller hat die Sache an seinem Wohnsitz oder seiner gewerblichen Niederlassung zurückzuliefern (§ 269). Der Ansicht Dernburgs, wonach als Erfüllungsort sowohl für den Besteller als den Unternehmer der Ort anzusehen ist, wo sich die Sache ohne Arglist des Berechtigten befindet, dürfte demnach nicht beizutreten sein.[2]) Doch muß zugegeben werden, daß z. B. „aus den Umständen", „aus der Natur der Sachlage" oder aus besonderen Abmachungen folgen kann[3]), daß die Sache da zurück zu geben ist, wo sie sich befindet.[4]) Dann wird auch die Vergütung an demselben Ort zurück zu geben sein, da die Parteien ihre Verpflichtungen Zug um Zug zu erfüllen haben.[5])

II. Das immaterielle opus.

Wie wir oben sahen müssen wir zum immateriellen opus alle die auf einen Erfolg abzielenden Thätigkeiten rechnen, die nicht in der Bearbeitung oder Verarbeitung einer Sache oder in einer Ortsveränderung von Personen oder Sachen bestehen.

Das Gesetz nimmt das immaterielle opus nicht von dem Anspruche auf Wandelung aus, es ist daher zu versuchen, einen Weg für seine Durchführung zu finden. Soviel ich sehe, hat sich nur Riezler mit dieser Frage beschäftigt und kommt zu einem negativen Resultat für die Wandelung: „Wandelung ist in diesen Fällen aus natürlichen Gründen ausgeschlossen denn der Werkgläubiger kann die empfangene Leistung gar nicht mehr zurückgewähren."[6]) Ich glaube nicht, daß diese Begründung richtig ist. Wir sahen ja schon beim materiellen opus: ein facere kann niemals zurückgewährt werden, das ist begrifflich ausgeschlossen. Von diesem Standpunkt müßte Riezler auch beim materiellen opus in den Fällen des reinen Werkvertrags eine Wandelung negieren.

Es ist daher wieder derselbe Weg einzuschlagen wie beim materiellen opus, bei welchem die Sache nicht zur Rückgabe gelangt: für geleistete Dienste ist der Wert zu vergüten. Man nehme folgendes Beispiel: Ich kaufe ein Theaterbillet, wobei mir an der Kasse wird, daß der berühmte Schauspieler X. in der Titelrolle auftreten werde, d. h. ich schließe

[1]) So Oertmann, Schuldverhältnisse, S. 193; Staudinger, Comm. II., S. 214.
[2]) Dernburg, Bürgerl. Recht, II. Bd., 2. Abt., S. 62.
[3]) § 269.
[4]) Vergl. Oertmann, a. a. O., S. 193.
[5]) Dernburg, a. a. O., S. 62, § 634, Abs. 4, § 467, § 348.
[6]) Riezler, Werkvertrag, S. 123.

mit der Direktion einen Werkvertrag[1]) unter Zusicherung von Eigenschaften, die das Werk haben soll, ab. Bei der Aufführung aber spielt der Schauspieler X. nicht, ich gehe daher nach der Aufführung zur Direktion und verlange Wandelung, nachdem sie vorher eine Beseitigung des Mangels, die ich nach dem I. Akt verlangt habe, verweigert hat. Die Wandelung wird vollzogen. Der Preis für mein Billet wird mir wiedergegeben werden, ich aber muß den Wert der Aufführung vergüten, den dieselbe ohne den berühmten Schauspieler X gehabt hat. Dabei fällt vor allem eine Preiserhöhung, welche vielleicht wegen Auftreten des X. gemacht worden ist, fort. Eine besondere Bedeutung gewinnt aber der Umstand, daß beim immateriellen opus eine Fristsetzung meist nicht statt haben kann, weil, wie auch in unserm Beispiel die Beseitigung des Mangels verweigert wird oder unmöglich ist. Dann kann der Vertrag sofort rückgängig gemacht werden, in unserem Beispiel z. B. nach dem I. Akt, und ich habe wesentlich weniger zu bezahlen als bei einer Minderung. Denn bei der Minderung wird immer das ganze Werk in die Proportion eingestellt, wie wir schon oben zu bemerken hatten. Neben diesem praktischen Vorzug der Wandelung vor der Minderung bleibt auch hier der theoretische, daß bei dieser der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bei jener der Zeitpunkt der Wandelung selbst der Berechnung zu Grunde zu legen ist.

Abgesehen von diesen beiden Unterschieden, von denen der letzte freilich ein theoretischer bleiben und praktisch nicht bemerkbar sein wird, sieht diese Art der Wandelung einer Minderung sehr ähnlich. Ich würde es aber für verfehlt halten, wie Riezler, die Möglichkeit einer Wandelung beim immateriellen opus überhaupt zu leugnen.

§ 12.

Besondere Fälle des Wandelungsvertrages.

Wenn bisher von den aus der Wandelung sich ergebenden Rechten und Pflichten gesprochen wurde, so war der Fall unterstellt, daß es sich um eine Sache, einen Besteller und einen Unternehmer handelte.

Es ist daher noch kurz auf die Besonderheiten der Fälle hinzuweisen, wo der Wandelungsvertrag über mehrere Sachen, und zwischen mehreren auf der einen oder andern Seite geschlossen ist.

a. Sind von mehreren Sachen, welche herzustellen waren, einzelne mangelhaft, so kann, wie wir schon oben sahen, der Wandelungsvertrag unter bestimmten Voraussetzungen auf alle Sachen ausgedehnt werden. Dann finden die Bestimmungen über Rückgewähr der empfangenen Leistungen wie bei einem Wandelungsvertrag über eine einzige Sache Anwendung.

[1]) Der Theaterbesuchungsvertrag ist Werkvertrag, Opet, Theaterrecht, S. 219.

Wird der Wandelungsvertrag aber nur auf einzelne Sachen erstreckt, so muß, wenn eine Gesamtvergütung für alle Sachen festgesetzt war, dieselbe verhältnismäßig herabgesetzt werden. Dasselbe muß geschehen, wenn nur in Ansehung einer Nebensache gewandelt wird und der Besteller die Hauptsache behält. Es ist dann dasselbe Verfahren einzuschlagen wie wenn mehrere Sachen für eine Gesamtvergütung hergestellt sind. Dies ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich bestimmt, wird aber als unzweifelhaft angenommen werden können.[1])

Für den Fall nun, daß von mehreren für einen Gesamtpreis hergestellten Sachen die Wandelung nur in Ansehung einzelner Stücke stattfindet, giebt der § 471 die Art und Weise der Berechnung an, welche naturgemäß zu einer Minderung der ausgemachten Vergütung führen muß, so daß der Unternehmer einen Teil der Vergütung, der Besteller die mangelhafte Sache herauszugeben hat. Wie die Minderung im einzelnen sich gestaltet, und welche Fragen sich für den Werkvertrag an die gesetzliche Regelung knüpfen, wird unten bei der Besprechung der Minderung selbst zu berühren sein. Nur sei hier darauf hingewiesen, daß eine Wandelung einzelner Sachen von mehreren natürlich denselben Schwierigkeiten unterliegt, wie bei dem einfachsten Fall, wo nur eine Sache zu wandeln ist. Denn thatsächlich wird ja beim Werkvertrag nicht alles zurückgegeben, so daß eine vollkommene restitutio in integrum stattfindet, sondern es greift nur eine Art Minderung Platz derart, daß bei der Wandelung einzelner Sachen von mehreren eine ziemlich umständliche Abschätzung der gegenseitigen Verpflichtungen nötig wird. Nehmen wir den einfachen Fall, daß ich mir drei Anzüge für einen Gesamtpreis aus meinem Stoff habe machen lassen, von denen einer gewandelt werden soll. Dann steht fest, daß ich zwei Anzüge voll bezahlen muß, vom dritten Anzug aber kommen auf meine Rechnung noch die Vergütung für geleistete Arbeit, der Wertersatz für wesentliche Bestandteile, die der Schneider nicht abtrennen will, u. s. w.

Für den Werklieferungsvertrag fallen alle diese Schwierigkeiten wieder weg, und die Wandelung gestaltet sich genau so wie beim Kauf.

b) Sind mehrere Personen beim Werkvertrage auf der einen oder anderen Seite, oder auf beiden Seiten beteiligt, so kann, wie wir schon oben (S. 25) sahen, die Wandelung nur von allen gegen alle verlangt werden.

Der Inhalt des Wandelungsvertrages kann im Falle solcher Wandelung verschiedentliche Gestaltung betreffs der Art und Weise, wie die einzelnen untereinander und gegeneinander berechtigt und verpflichtet sind, zeigen. So ist nach § 420, wenn mehrere eine

[1]) So auch Dertmann, Schuldverhältnisse, S. 196; Planck, Comm. II., S. 254; Neumann, Handausgabe I., S. 225.

teilbare Leistung schulden und mehrere eine teilbare Leistung zu fordern haben, im Zweifel jeder Schuldner nur zu einem gleichen Anteile verpflichtet, jeder Gläubiger nur zu einem gleichen Anteile berechtigt. Andererseits bestimmt § 427, daß wenn sich mehrere durch Vertrag gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung verpflichten, sie im Zweifel als Gesamtschuldner haften, und § 431, daß mehrere, die eine unteilbare Leistung schulden, immer als Gesamtschuldner haften, so daß beim Wandelungsvertrage auf der Bestellerseite oft eine Gesamtschuld schon deshalb entstehen wird, weil das zurückzugebende Werk, oder abzutrennende Bestandteile häufig eine unteilbare Leistung darstellen wird. Die Unternehmer werden dann auch meist Gesamtgläubiger sein, ist dies aber nicht der Fall, so greift die Bestimmung Platz, daß der Schuldner nur an alle gemeinschaftlich leisten, jeder Gläubiger die Leistung nur an alle fordern kann. (§ 432).

Aber selbst für die Möglichkeit, daß die Parteien untereinander zu bestimmten Teilen berechtigt und verpflichtet sind, kann das Princip des § 420 nicht rein zur Durchführung gelangen.

Gesetzt, ein Besteller stehe mehreren Unternehmern gegenüber, so nützt es demselben nichts, wenn er einem Unternehmer die auf ihn fallende Quote anbietet. Vielmehr muß er die ganze Leistung bewirken, da ihm auf Grund von § 320, Satz 2 das ihm Gebührende bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung verweigert werden kann.[1]) Analoge Anwendung muß § 320, Satz 2 finden, wenn mehrere Besteller mehreren Unternehmern gegenüberstehen. Dann tritt durch Anwendung der exceptio non adimpleti contractus des § 320, Satz 2 der eigentümliche Fall ein, daß jeder auf beiden Seiten die ganze Leistung fordern kann und bewirken muß, so daß ein Zustand hergestellt wird, der sich von der Gesamtschuld des § 421 und der Gesamtgläubigerschaft des § 428 äußerlich kaum unterscheidet, während die Ansprüche selbst unverändert geblieben sind, da jene Einrede natürlich nicht imstande ist, die Teilschuld und Teilgläubigerschaft beiderseits in eine Gesamtschuld und Gesamtgläubigerschaft umzuwandeln. Natürlich sind für die Frage der Ausgleichung der Besteller und Unternehmer im Verhältnisse zu einander die Bestimmungen des § 426 in dem letzterwähnten Falle nicht anwendbar.

§ 13.

Rechte und Pflichten aus der Minderung.

Auch bei der Minderung ist das materielle vom immateriellen opus gesondert zu behandeln.

---

[1]) Planck, Comm. II., zu § 320, S. 92; Kipp bei Windscheid-Pand., 8. Aufl., II. Bd., S. 299 und 662.

I. Aus dem Minderungsvertrage entspringt die Verpflichtung des Unternehmers, sich mit einer geringeren Vergütung als der vertragsmäßigen zu begnügen und einen schon empfangenen Mehrbetrag wieder herauszugeben. Die Berechnung, nach welcher die ausgemachte Vergütung verkürzt wird, erfolgt nach der sogenannten relativen Methode, welche auch im gemeinen Recht als die herrschende bezeichnet werden kann.[1])

Das Princip findet sich im Gesetz in den §§ 471, 472 ausgedrückt und zwar zunächst für den Kauf. Nach § 472 ist der Kaufpreis in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde. Hiernach läßt sich, wenn w_1 der Wert der Sachen im mangelfreiem Zustande, w_2 der Wert der Sachen in mangelhaftem Zustand, p der vertragsmäßige Kaufpreis und x die nach der Minderung zu zahlende Vergütung ist, folgende Proportion bilden: $x = \frac{w_2 \; p}{w_1}$.[2])

Wie ist nun diese Regel des § 472 auf den Werkvertrag zu übertragen? Zunächst herrscht Streit darüber, wie man die Worte „zur Zeit des Verkaufs" entsprechend anwenden soll?

Planck, Riezler und Fischer-Henle[3]) betrachten als maßgebend den Zeitpunkt des Abschlusses des Werkvertrages. Oertmann[4]) möchte sich für „die Zeit der Herstellung des opus" entscheiden, und meint wohl damit den Zeitpunkt der Vollendung, da, wie Staudinger treffend bemerkt, die Zeit der Herstellung eine ganze Zeitperiode umfaßt.[5]) Doch ist nicht einzusehen, warum gerade dieser Zeitpunkt ausgezeichnet sein soll. Oertmanns Meinung kommt der von Dernburg vertretenen Ansicht am nächsten, wonach die „Zeit der Ablieferung" als maßgebend betrachtet werden soll:[6]) „Denn unerforschlich wird meist bleiben, was damals das mangelhafte Werk gekostet hätte. Häufig wäre es mit nicht geringeren Kosten, unter Umständen nur mit erheblich größerem Aufwande wie das normale herzustellen gewesen."

Aber auch der Käufer denkt beim Abschluß des Geschäfts nur an die mangelfreie Ware, wie der Besteller an das mangelfreie Werk, sie werden beide nachträglich sagen können, was sie zur Zeit des Abschlusses für eine mangelhafte oder irgendwie anders als

[1]) Oertmann, Schuldverhältnisse, S. 197.
[2]) Terminologie von Planck, Comm. II., S. 255.
[3]) Planck, Comm. II., S. 374; Riezler, Werkvertrag, S. 119; Fischer-Henle, Handausgabe, 6. Aufl., zu § 634, S. 300.
[4]) Oertmann, Schuldverhältnisse, S. 357.
[5]) Staudinger, Comm. II., S. 451.
[6]) Dernburg, Bürgerl. Recht, II. Bd., 2. Abt., S. 438.

die bestellte geartete Sache gegeben hätten.[1]) Ueberdies würden die von Dernburg angedeuteten Schwierigkeiten wohl durch Einholung von Gutachten Sachverständiger zu überwinden sein.

Man wird daher ohne Bedenken die Worte „zur Zeit des Verkaufs" durch die Worte „zur Zeit des Abschlusses" ersetzen können.

Ein weiteres Bedenken bei der analogen Anwendung von § 472 ist die, ob in der Proportion $x = \frac{w_2 \; p}{w_1}$ die Größen w_1 und w_2 wie beim Kauf den Wert der Sache, welcher Stoff und Arbeit umfaßt, oder nur den Wert der Arbeit auszudrücken haben?

Würde man nur die Arbeit in Betracht ziehen, so würde die Proportion kein den Umständen entsprechendes Resultat ergeben können, da ja auch der Stoff durch die Arbeit eine Veränderung erleidet — und zwar muß selbst bei mangelhaftem Werk diese Veränderung nicht notwendig eine Verschlechterung sein -- welche bei der Berechnung zum Ausdruck kommen muß. Es dürfte auch nicht leicht sein, Stoff und Arbeit getrennt zu bewerten, da die Arbeit sich am Stoff doch zeigt, an ihm zu bemessen ist.

Von diesen mehr praktischen Schwierigkeiten abgesehen, die Arbeit allein in der Proportion zu verwerten, steht dem auch noch der theoretische Grund entgegen, daß Gegenstand des Werkvertrags keineswegs Arbeit oder ein bestimmtes Maß derselben ist. Es kommt gar nicht darauf an, ob viel oder wenig gearbeitet ist, ob sorgfältig oder nicht, sondern es wird nur gefragt, ob das Werk tadellos fertig gestellt ist. Wenn mir mein Schuster ein Paar Schuhe bringt, die wunderbar gearbeitet sind, aber einen halben Centimeter zu kurz, so würde, wenn die Arbeit allein in Betracht gezogen wäre, wohl gar keine Minderung zu erzielen sein, denn die Arbeit ist tadellos. Was aber mangelhaft ist, das ist das ganze Werk, die Schuhe wie sie vor mir stehen, und ihr Wert allein kann in die Proportion eingesetzt werden.

Der Einwurf, daß vielfach die Sache eine ziemlich unbestimmbare Größe sein könne, wird auch nicht durchschlagen. Nehmen wir z. B. das Tapezieren einer Stube: Die Sache ist hier nicht etwa die ganze Wohnung, sondern die Stube, denn ihre Veränderung war Gegenstand des Werkvertrags, sie ist verbessert, wohnlicher gemacht, in ihrem Mietswerte gesteigert u. s. w.

[1]) Planck, Comm. II., S. 374, sagt zu § 472 mit Recht: „Zu Grunde liegt der Gedanke, daß der Käufer, wenn er den Mangel der Sache gekannt hätte, den Kaufpreis in demselben Verhältnisse geringer bestimmt haben würde, in welchem der wirkliche Wert der mangelhaften Sache zur Zeit des Verkaufs geringer war, als der Wert der betreffenden Sache in mangelfreiem Zustande. Dieser Gedanke führt bei dem Werkvertrage dahin, daß der Unternehmer, wenn er gewußt hätte, daß er ein mangelhaftes Werk erhalten würde, die Vergütung in dem Verhältnisse geringer bemessen haben würde, in welchem der Wert eines mangelhaften Werkes der fraglichen Art zur Zeit des Abschlusses des Werkvertrages geringer ist, als der Wert eines mangelfreien Werkes".

Man könnte sagen, daß nun auch mit der Stube die ganze Wohnung im Werte gesteigert sei! Gewiß, aber mit der Wohnung das Haus, mit dem Haus das Vermögen des Eigentümers, schließlich das ganze Volksvermögen — so verliert man sich in's Grenzenlose, daher muß man sich streng an die Sache, oder den Teil der Sache halten, welcher wirklich der Bearbeitung unterzogen worden ist, und dies wird in allen Fällen leichter möglich sein, als eine Arbeitsleistung allein abzuschätzen.

Was vom Werkvertrag gesagt ist gilt auch vom Werklieferungsvertrag: w_1 und w_2 begreifen den Wert der ganzen Sache.

II. Für das immaterielle opus will Riezler „theoretisch" die Minderung zugestehen,[1]) doch dürften nach meiner Meinung auch praktisch keine unüberwindlichen Schwierigkeiten sich der Durchführung entgegenstellen.[2])

Ich unterstelle, wie oben (Seite 55), den Theaterbesuchungsvertrag, welcher unter Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft des Werkes abgeschlossen ist. Diese Eigenschaft fehlt dem Werke, ich verlange ohne Erfolg Beseitigung des Mangels, der Minderungsvertrag wird geschlossen. Dann wird nach der oben entwickelten Formel sich folgende Berechnung ergeben: kostete das Billet 4 Mark, so wird von Sachverständigen zu schätzen sein, was die Aufführung von dem betreffenden Platz aus wert gewesen wäre, wenn der berühmte Schauspieler X. gespielt hätte, sagen wir 10 Mark. Dann muß die Aufführung ohne den Schauspieler X. geschätzt werden: die Sachverständigen geben an 3,50 Mark. Hiernach hätte der Minderungsberechtigte nur 1,40 Mark zu zahlen.

Ist der Wert des opus gleich Null, z. B. wenn ich mir auf einem Phonographen gegen Entgeld vorspielen lasse und es ertönt nur unverständliches Geräusch, so muß in der Gleichung $x=\frac{w_2\,p}{w_1}\,w_2=0$ gesetzt werden, dann ist $x=0$ und ich habe garnichts zu bezahlen. Dann kommt juristisch, wie Riezler[3]) richtig bemerkt, „die Minderung in ihrem praktischen Erfolge einer Wandelung gleich", denn der Eigentümer des Phonographen hat in der That nichts hingegeben, also auch nichts zurückzufordern, und beide Teile haben, was sie vor Abschluß des Vertrages hatten. Würde Wandelung statt der Minderung Platz greifen, so kämen wir zu demselben Resultat: denn nur die empfangenen Leistungen haben sich die Parteien zurückzugewähren.

---

[1]) Riezler, Werkvertrag, S. 123.

[2]) Die unter I. besprochenen Fragen sind beim immateriellen opus dahin zu lösen, daß hier auch die Worte „z. Z. des Verkaufs" durch die Worte „z. Z. des Abschlusses" zu ersetzen sind, w_1 und w_2 aber, da eine Sache nicht zu bearbeiten sind, nur den Wert der Leistung ausdrücken.

[3]) Riezler, Werkvertrag, S. 124.

§ 14.

Besondere Fälle bei der Minderung.

a. Eine bereits vollzogene Minderung hindert ein weiteres Minderungsverlangen nicht.[1]) Die oben aufgestellte Proportion findet auch auf solche Minderung Anwendung. Dabei müssen aber eine oder mehrere bereits erfolgte Minderungen berücksichtigt werden. Oertmann drückt diesen Gedanken folgendermaßen aus: „in der . . aufzustellenden Proportion ist jetzt nicht mehr der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande, sondern der Wert unter dem Einfluß nur des ersten, abgethanen Mangels demjenigen im jetzigen, doppelt mangelhaften Zustand gegenüberzustellen.“[2]) Wenn man dies Prinzip befolgt, muß man aber in die Proportion nicht den vertragsmäßigen Preis, sondern den bereits einmal geminderten einsetzen, sonst kommt man zu einem falschen Resultat. Man kann aber auch, statt diesen umständlichen Weg zu gehen, nur an Stelle des einfach geminderten Wertes, den wegen zweier Mängel zweifach, wegen dreier Mängel dreifach u. s. w. geminderten Wert einsetzen und die übrigen Glieder der Proportion belassen.[3])

b. Wie im Falle der Wandelung ist bei der Minderung die Möglichkeit zu berücksichtigen, daß von mehreren Sachen die zu einem Gesamtpreis hergestellt worden sind, nur einige der Minderung unterliegen. Dann ist der Gesamtwert der Sachen in mangelfreiem Zustande (w_1) und der Gesamtwert der Sachen in mangelhaftem Zustande (w_2) zu Grunde zu legen.[4]) Die Formel bleibt dieselbe wie für den einfachen Fall,[5]) doch setzt sich w_1 zusammen aus dem Wert der wirklich mangelfreien Sachen und dem Wert, den die

---

[1]) § 634, Abs. 4, § 475.

[2]) Oertmann, Schuldverhältnisse S. 199.

[3]) Man nehme folgendes Beispiel: $p = 15$ sei die vertragsmäßige Vergütung, $w_1 = 9$ sei der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand, $w_2 = 5$ der Wert der Sache in mangelhaftem Zustand wegen eines Fehlers, $w_3 = 3$ der Wert wegen zweier Fehler. Die Gleichung lautet

für die I. Minderung: $x = \frac{w_2 \cdot p}{w_1} = \frac{15 \cdot 5}{9} = 8\,1/3$

für die II. Minderung: $x = \frac{w_3 \cdot p}{w_1} = \frac{3 \cdot 15}{9} = 5.$

Befolgt man Oertmanns Princip, ohne auch p zu verändern, so erhält man für die II. Minderung: $x = \frac{w_3\ p}{w_2} = 9$, der Besteller müßte also mehr bezahlen als nach der I. Minderung, erst wenn man auch $p = 8\,1/3$, d. h. gleich dem in der I. Minderung gewonnenen Preise setzt, erhält man: $x = \frac{25 \cdot 3}{3 \cdot 5} = 5.$

[4]) § 634, Abs. 4; § 472, Abs. 2.

[5]) Planck, Comm. II., S. 255.

mangelhaften Sachen in mangelfreiem Zustande haben würden, w_2 aus dem Wert der wirklich mangelfreien Sachen und dem wirklichen Wert der mangelhaften Sachen, p ist die Gesamtvergütung.[1]) Auch für diese Berechnung ist die Zeit des Abschlusses des Vertrages als maßgebend anzunehmen.

c) Sind bei einer Minderung mehrere auf beiden Seiten beteiligt, so kann, wie wir oben sahen, von jedem gegen jeden Minderung verlangt werden. Sind auf der einen Seite mehrere Besteller gegen einen Unternehmer auf der andern Seite nach Quoten berechtigt, so kann es vorkommen, daß der eine Besteller seinen Teil der Leistung verlangt, während ein anderer schon einen Minderungsvertrag mit dem Unternehmer geschlossen hat. Kipp[2]) macht nun auf folgende Schwierigkeit in diesem Falle aufmerksam: Nach § 320, Abs. 1, Satz 2 kann der Unternehmer auch die Teilleistung bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung verweigern. Soll nun der eine Besteller die ganze Gegenleistung bewirken, wo der andere doch schon einen Minderungsvertrag geschlossen hat? Man wird dem Besteller nur zumuten dürfen, für den zweiten soviel zu bezahlen, als dessen Leistungsquote nach Abzug des Minderungsbetrages sich beläuft. Dieser von Kipp vertretenen Ansicht wird beizutreten sein.[3]) Entsprechendes wird stattfinden müssen, wenn mehrere Besteller mehreren Unternehmern gegenüberstehen und nach Quoten berechtigt und verpflichtet sind. —

Noch komplicierter ist die Frage, wenn solidarische Haftung unter den Beteiligten besteht. Da Minderungsansprüche geteilt geltend gemacht werden können, so kann es sein, daß auf jeder Seite ein Unternehmer und ein Besteller einen Minderungsvertrag schließen. Dann können alle Rechte aus dem Minderungsvertrag nur unter den beiden Kontrahenten statthaben. Nun meint aber Kipp[4]), ein solcher Vertrag könne nicht nur diese „subjektive", sondern auch „objektive" Wirkung haben, d. h. für und gegen alle. Nach § 423 wirkt nämlich ein Erlaß zwischen dem Gläubiger und einem Gesamtschuldner auch für die übrigen Schuldner, wenn die Vertragschließenden das ganze Schuldverhältnis aufheben wollen. Dasselbe ist für mehrere Gläubiger der Fall (§ 429, Abs. 3). Wenn man mit Kipp die Minderung als einen „teilweisen vertragsmäßigen Erlaß" ansieht[5]), so wird man in der That einem zwischen einem Besteller und einem Unternehmer geschlossenen Wandelungsvertrag die Möglichkeit objektiver Wirkung nicht absprechen können. Aber selbst dann, wenn man es bedenklich findet, die Minderung

[1]) Oertmann, Schuldverhältnisse, S. 197, drückt dies etwas kompliciertere Verhältnisse in seiner Formel aus.
[2]) Kipp bei Windscheid-Pand., 8. Aufl., II. Bd., S. 662.
[3]) Kipp, ebenda, S. 662.
[4]) Kipp, ebenda, S. 662.
[5]) Kipp, ebenda, S. 662.

als teilweisen Erlaß anzusehen, wird man die §§ 423 und 429, Abs. 3 analog anwenden können. Die Gleichheit des Grundes liegt in der Tilgung eines Teiles der Schuld. Daß der Unternehmer gezwungen ist, sich auf Grund seiner Gewährleistungspflicht mit dieser Tilgung einverstanden zu erklären, kommt für die Analogie nicht in Betracht.

d) Besondere Regelung hat der Thatbestand verlangt, wo neben der in Geld festgesetzten Vergütung Leistungen bedungen sind, die nicht vertretbare Sachen zum Gegenstande haben (§ 473), und man wird, wie Riezler bemerkt, für den Werkvertrag auch an den Fall denken müssen, wo nur Leistungen und keine Vergütung in Geld bedungen ist[1]), da beim Werkvertrag begrifflich nicht ausgeschlossen ist, daß die Gegenleistung überhaupt nicht in Geld besteht.[2]) Im § 473 wird nun geregelt, wie bei der Herabsetzung der Vergütung zu verfahren ist in Anbetracht der nicht in Geld bestehenden Leistungen, und zwar auch für den Fall der Herabsetzung des Gesamtpreises bei der Wandelung, wo im Effekt eine Minderung desselben ebenso erzielt wird, wie dies bei der Herabsetzung der Vergütung bei der einfachen und der Gesamtpreisminderung geschieht (§§ 471 und 472). Wir müssen nun drei Fälle des § 473 für den Werkvertrag unterscheiden.[3])

1. Neben der Vergütung in Geld sind andere Leistungen z. B. Dienste bedungen: Um nun in der oben entwickelten Formel $x = \frac{p \cdot w_2}{w_1}$ die Größe p richtig für die Proportion zu gewinnen, müssen die Leistungen in Geld veranschlagt werden[4]) und zwar nach Maßgabe ihres Wertes zur Zeit des Abschlusses des Werkvertrages. Die Zahl p setzt sich also zusammen aus dem Geldeswert der Vergütung und dem Geldeswert der bedungenen Leistungen. Die Minderung wird aber nach § 473 nicht an den bedungenen Leistungen vorgenommen, sondern an der in Geld vertragsmäßig festgesetzten Vergütung. Ist diese geringer als der von der Vergütung zu machende Abzug beträgt, so hat der Unternehmer dem Besteller den überschießenden Betrag zu entrichten.[5]) Die bedungenen Leistungen bleiben also von der Minderung ganz unberührt.

[1]) Riezler, Werkvertrag, S. 120, Anm. 12.

[2]) Oertmann, Schuldverhältnisse, S. 198, macht darauf aufmerksam, daß die Fassung des § 473 in Bezug auf die Frage, wohin das „Nicht" in Satz 1 gehört, nicht ganz zweifelsfrei ist. Man wird sich für die weitere Auffassung entscheiden, schon weil die engere Auffassung Gegenleistungen in Gestalt von z. B. Diensten nicht berücksichtigt, daher für den Werkvertrag eine Lücke entstehen würde. Für die weitere Fassung, außer Oertmann, Staudinger, Comm. II., S. 221; Planck, Comm. II., S. 255.

[3]) Es ist im folgenden der Einfachheit wegen nur von der Minderung die Rede.

[4]) § 634, Abs. 4; § 473, Satz 1.

[5]) § 634, Abs. 4, § 473, Satz 2.

2. Es sind statt Geld nur Leistungen bedungen:

Dieser Fall ist in § 473 nicht geregelt, muß aber in demselben Sinne wie der vorige behandelt werden. Es sind also wiederum die Leistungen in Geld zu veranschlagen, um die Größe p in der aufzustellenden Proportion zu erhalten. Ein Abzug kann aber nicht erfolgen, weil eine in Geld festgesetzte Vergütung nicht da ist. Es muß daher in Verfolgung der in § 473 klar ausgedrückten ratio legis, wonach ein Abzug an den Leistungen nicht erfolgen soll, die ganze Minderung vom Unternehmer in Geld bezahlt werden: z. B. es werden die Dienste des Bestellers auf 15 geschätzt, 9 ist der Wert der Sache in mangelfreiem, 6 der Wert der Sache in mangelhaftem Zustande, dann hätte der Besteller nur Dienste im Werte von 10 leisten müssen, statt für 15, demnach muß ihm der Unternehmer 5 bezahlen. Hat der Besteller die Dienste noch nicht geleistet, so kann er leisten und die Vergütung vom Unternehmer dann fordern,[1]) aber auch der Unternehmer kann gegen seine Vergütung die Dienste des Unternehmers verlangen.[2]) Denn darin liegt die Bedeutung des § 473 Satz 2, daß die Leistungen, die nicht in Geld bestehen, unberührt bleiben.

3. Schließlich ist die Möglichkeit gegeben, daß die Nebenleistung nur in vertretbaren Sachen besteht, worüber im § 473 nichts bestimmt ist. Planck,[3]) meint der Käufer, hat die „Wahl, inwieweit er den von der Gegenleistung abzusetzenden Betrag an dem Geldpreise oder an der Nebenleistung kürzen will." Während nämlich der Satz 1 des § 473 analog angewendet werden kann, kann der Satz 2 nicht volle Anwendung finden, da er nur für den Fall gilt, daß als Leistungen vertretbare Sachen nicht bedungen sind.[4]) Oertmann will aber weiter als Planck gehen, indem er einen etwa überschießenden Betrag durch eine entsprechende Quantität der vertretbaren Sachen gedeckt sehen will.[5]) Demgegenüber ist zu bedenken, daß dem Besteller vielfach beschwerlich fallen wird, eine Quantität vertretbarer Sachen zurückzuerhalten.[6]) Man wird deshalb dem Besteller die freie Wahl lassen müssen.

§ 15 (Anhang).
Das Rücktrittsrecht aus § 636.

I. Die ergänzende Stellung, welche der § 636 gegenüber den Ansprüchen aus der Gewährleistung einnimmt, sowie die an

---

[1]) Planck, Comm. II., S. 256.
[2]) Staudinger, Comm. II., S. 220.
[3]) Vergl. Planck, Comm. II., S. 256.
[4]) Planck, Comm. II., S. 255; Oertmann, Schuldverhältnisse, S. 198; Staudinger, Comm. II., S. 220.
[5]) Oertmann, Schuldverhältnisse, ebenda.
[6]) Staudinger, Comm. II., S. 221.

§ 636 anknüpfende Controverse, ob eventuell auch Minderung zulässig wäre, rechtfertigen seine anhangsweise Behandlung.

Der § 636 enthält ein Rücktrittsrecht, keinen Anspruch auf Wandelung, hat aber das mit den Ansprüchen auf Wandelung und Minderung gemein, daß ein Verschulden des Werkunternehmers nicht vorausgesetzt wird und die nähere Regelung des Rücktrittsrechts nach § 634, Abs. 1—3 derjenigen für die Ansprüche auf Wandelung oder auf Minderung entspricht.

II. Die Rechte aus § 636 gestalten sich folgendermaßen:

Der Besteller muß eine angemessene Frist setzen mit der Erklärung, daß er eine nach Ablauf der Frist erfolgende Lieferung ablehnen werde. Zeigt sich schon vor dem Ablieferungstermin des Werkes, daß es nicht rechtzeitig fertig wird, so kann der Besteller die Frist auch sofort bestimmen, doch so, daß sie nicht vor der für die Ablieferung bestimmten Frist abläuft. Der Bestimmung einer Frist bedarf es nicht, wenn rechtzeitige Herstellung unmöglich ist, wenn sie verweigert wird oder ein besonderes Interesse des Bestellers vorliegt. In diesen drei Fällen wird der Besteller sofort zurücktreten können.

Nach Ablauf der gesetzten Frist kann der Rücktritt erklärt werden, dann ist aber der Anspruch auf Herstellung des Werkes ausgeschlossen.[1])

Der Rücktritt darf aber nicht erfolgen, wenn die nicht rechtzeitige Lieferung den Wert oder die Tauglichkeit nur unerheblich mindert. Ueber die Bedeutung des Abs. 3 § 634 ist oben schon gesprochen.

Ein selbständiges Ausbesserungsrecht, wie es der Besteller bei Mängeln hat, ist ihm im Falle des § 636 nicht gegeben.[2]) Uebt der Besteller dennoch ein solches Recht aus, indem er die rechtzeitige Lieferung selbst herbeiführt, so greifen die Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag Platz.

Es wurde schon hervorgehoben, daß das Recht aus § 636 keinen Anspruch auf den Rücktritt erzeugt. Es sind hier nur einige Besonderheiten, welche aus der Konstruktion als Rücktrittsrecht entspringen zu bemerken.

1. Der Rücktritt erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil und stellt eine empfangsbedürftige Willenserklärung dar.[3])

Der bei der Wandelung ausgeschlossene § 355 findet Anwendung. Denn da nur Ansprüche der Verjährung unterliegen, das Rücktrittsrecht aus § 636 aber kein Anspruch ist, so mußte dem

[1]) So auch Planck, Comm. II., S. 376 u. a.
[2]) Planck, Comm. II., S. 376; Oertmann, Comm., S. 359; Riezler, Werkvertrag, S. 127.
[3]) § 636, § 327, § 349; Planck, Comm. II., S. 376 u. a.

Unternehmer ein Schutz in § 355 gegeben werden.[1]) Wenn nämlich der Besteller, obwohl er zum Rücktritt berechtigt ist, mit der Rücktrittserklärung zögert, so kann ihm der Unternehmer eine Frist setzen. Ist bis zu ihrem Ablauf der Rücktritt nicht erklärt, so ist das Rücktrittsrecht erloschen.

3. Da § 636 nicht direkt auf die Bestimmungen über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht, sondern zunächst auf § 327 zurückverweist, so muß auch Satz 2 des § 327 zur Anwendung kommen, wonach bei unverschuldetem Rücktritt der Unternehmer nur nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung haftet.[2])

Im übrigen sind bei verschuldeter Verspätung die Vorschriften über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht anwendbar, wie sie gelegentlich der Auseinandersetzungen über die Wandelung dargelegt sind.

III. Der § 636 redet nur von der Befugnis des Bestellers, vom Vertrage zurückzutreten, doch nimmt Hachenburg an, daß auch ein Minderungsanspruch bei nicht rechtzeitiger Erfüllung gegeben ist.[3]) Wie Hachenburg zu dieser Ansicht bei dem klaren Wortlaut des § 636 kommt, ist nicht recht einzusehen. Dieselbe wäre nur zu verteidigen, wenn man aus dem § 636, Satz 1 die Worte „für die Wandelung geltenden" herausstreicht. Gerade die Erwähnung der Wandelung allein schließt Hachenburgs Meinung aus. Daß die Minderung ausgeschlossen ist, geht noch aus einem anderen Umstande hervor: Riezler bemängelt die Fassung des § 636, weil darin auf § 327 und in diesem auf § 346 verwiesen wird, „auf welchen man ohnehin kommt, wenn man den durch die Verweisung in § 634, Abs. 4 vorgeschriebenen Weg zurückverfolgt"[4]) Aber man hat den nach § 634, Abs. 4, zu beschreitenden Weg eben nicht zu verfolgen, weil § 636 nur auf § 634, Abs. 1—3, verweist. Auf Abs. 4 konnte schon deshalb nicht verwiesen werden, weil dieser von Wandelung und Minderung spricht und letztere soll ja im Falle des § 636 nicht Platz greifen. Gerade die getadelte Fassung spricht gegen Hachenburg. Minderung ist also nicht zulässig.[5])

IV. Es sei hier noch darauf hingewiesen, daß § 636 keine Bestimmungen darüber giebt, wie zu verfahren ist, wenn von mehreren Sachen, die für eine Gesamtvergütung herzustellen sind, einzelne nicht rechtzeitig fertig gestellt sind und wenn eine Neben-

[1]) Denkschrift, S. 53: Der Berechtigte soll gehindert werden, auf Kosten des anderen Teiles zu spekulieren.

[2]) Schollmeyer, einzelne Schuldverhältnisse, S. 59.

[3]) Hachenburg, Dienst- und Werkvertrag, S. 78.

[4]) Riezler, Werkvertrag, S. 126; ähnlich Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag, S. 78.

[5]) So Planck, Comm. II., S. 376; Oertmann, Schuldverhältnisse, S. 358; Riezler, Werkvertrag, S. 127; Staudinger, Comm. II., S. 453.

sache nicht rechtzeitig hergestellt ist? Man wird in diesen Fällen unbedenklich die §§ 469, 470 und 471 analog anwenden können, obwohl § 636 den Abs. 4 von § 634 ausschließt, wo die genannten Paragraphen citiert sind. Da aber im übrigen die Vorschriften über die Wandelung anzuwenden sind, so werden jene Bestimmungen wohl ergänzt werden können, zumal sich keinerlei Schwierigkeiten dabei ergeben.

V. Was endlich die Durchführung des Rücktrittsrechts anbelangt, so stößt sie auf dieselben Schwierigkeiten wie die Wandelung beim Werkvertrag. Beim reinen Werkvertrag und beim immateriellen opus wird immer § 346, Satz 2 zu berücksichtigen sein: für geleistete Dienste ist der Wert zu vergüten. Denn auch hier ist wie bei der Wandelung das facere irrevocabel und nur einer Aestimation fähig.

§ 16.
Schluß.

Die Ansprüche auf Wandelung und Minderung haben in der Litteratur bis jetzt nur auf dem Gebiete des Kaufs eingehende Würdigung gefunden. Für den Werkvertrag hat man sich meist damit begnügt, mit Genugthuung die neue Regelung, welche das B. G. B. dem Werkvertrage gebracht, zu erwähnen und den Fortschritt gegenüber dem gemeinen Recht zu konstatieren.[1]) Ueber die Behandlung der „Nichtempfangbarkeit des Werkes" im gemeinen Recht schrieb Ehrenberg[2]): „Die Grundsätze des gemeinen Rechts sind hier sehr radikal, aber völlig ungenügend: nach ihnen hat der Käufer, abgesehen von der Kontraktsklage, noch die aedilicischen Rechtsmittel (redhibitoria und quanti minoris), der Besteller eines Werkes dagegen nur die Kontraktsklage auf Erfüllung bezw. Schadensersatz wegen mangelhafter Erfüllung. Diese Bestimmungen werden dem eigentümlichen Wesen des Werkvertrages in keiner Weise gerecht." Im folgenden[3]) hebt dann Ehrenberg als besonderes Verdienst des Entwurfs hervor, daß nach ihm der Unternehmer ein Recht habe den Mangel zu beseitigen. Aber so ganz neu war dieser Gedanke nicht, denn, wie wir schon oben sahen, mußte dem conductor dieselbe Vergünstigung entsprechend der „bona-fide-Natur der loc. conductio"[4]) gewährt werden. Ob jedoch das B. G. B. durch Uebertragung der Ansprüche auf Wandelung und Minderung dem „eigentümlichen Wesen des Werkvertrags" besonders entsprochen hat, mag mindestens bezweifelt

[1]) So Riezler, Werkvertrag. S. 111.
[2]) Ehrenberg, Kauf- und Werkvertrag, in Iherings Jahrbüchern, XXVII. Bd., S. 261.
[3]) Ehrenberg, a. a. O., S. 262ff.
[4]) Vergl. Kipp bei Windscheid, Pand., 8. Aufl., II. Bd., S. 706, Note 13.

werden. Der individualistische römische Standpunkt, der beim Dienstvertrag dem socialen Gedanken weichen mußte, hat beim Werkvertrag womöglich breiteren Raum erhalten, als er bei der loc. cond. operis jemals besaß. Denn das Aedelicische Edict greift gegen den Unternehmer durch, ob er in Verschulden ist oder nicht, und rücksichtslos kann der Besteller die tadellose Herstellung des Werkes verlangen. Mit Recht sagt Hachenburg[1]) deshalb: „Im Titel vom Werkvertrag weht eine ganz andere Luft als in dem vom Dienstvertrag". Man muß doch bedenken, daß der Unternehmer des Werkvertrags nicht nur der Baumeister, der Ingenieur oder Fabrikant ist, sondern in vielen und für die loc. cond. operis wohl in den meisten Fällen der Handwerker. Ihn wird die Statuierung einer besonderen Gewährleistung beim Werkvertrage besonders hart treffen. Doch wären solche Betrachtungen de lege ferenda anzustellen gewesen.

De lege lata bleibt vor allem für das Gebiet der gemeinrechtlichen loc. cond. operis die Frage, wie der Anspruch auf Wandelung durchzuführen ist. Wenn in dieser Arbeit versucht wurde, die nach dem Gesetz sich ergebende Lösung anzudeuten, so muß doch zugegeben werden, daß sie unbefriedigend ist. Mag man es dem feinen juristischen Takt der Römer zuschreiben oder auf äußere rein historische Momente zurückführen: die Frage nach der Durchführung der Wandelung beim Werkvertrage konnte nach römischem Recht nicht auftauchen, denn ihm waren die Ansprüche auf Wandelung und Minderung beim reinen Werkvertrage noch nicht bekannt.

---

[1]) Hachenburg, Dienst- und Werkvertrag, S. 3.